ano 17 - n. 49 | julho/dezembro - 2023
Belo Horizonte | p. 1-572 | ISSN 1982-1921
Direitos Fundamentais & Justiça

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Revista do Programa de Pós-Graduação,

Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS

Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça

Revista Brasileña de Derechos Fundamentales y Justicia

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA

Direitos autorais pertencentes ao programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

© 2023 Editora Fórum Ltda.
Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO
Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Rua Paulo Ribeiro Bastos, 211 – Jardim Atlântico – CEP 31710-430 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: (31) 99412.0131
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira
Capa: Walter Santos
Projeto gráfico: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

D597 Direitos Fundamentais & Justiça

Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Semestral.
Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

ISSN impresso 1982-1921
ISSN digital 2527-0001

Publicada do ano. 1, n.1, out./ dez. 2007 ao ano 9, n. 33, out./ dez. 2016 pela HS Editora, Porto Alegre/RS.

1. Direito público. 2. Direito constitucional. 3. Direitos fundamentais. I. Ferreira, Luis Cláudio Rodrigues. II. Título

CDD: 341.481
CDU: 342.7

Direitos Fundamentais & Justiça
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS

Reitor: Evilázio Teixeira
Vice-Reitor: Prof. Jaderson Costa da Costa
Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da PUCRS:
Profa. Dra. Carla Denise Bonan
Decano da Escola de Direito:
Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Decana associada da Escola de Direito:
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro
Coordenadora administrativa de Escola de Direito:
Jaqueline da Silva Alves Knob

Coordenador de curso da Escola de Direito:
Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira
Coordenador de pesquisa da Escola de Direito:
Prof. Dr. Paulo Caliendo
Coordenador da comissão científica da Escola de Direito:
Prof. Eugênio Facchini Neto
Coordenadores de pós-graduação da Escola de Direito:
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Ciências Criminais:
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Editor: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenador Executivo: Ivar A. M. Hartmann
Consultores Editoriais: Jeferson Barbosa e Paola Sartori

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Ingo Wolfgang Sarlet

CONSELHO EDITORIAL INTERNO

Presidente: Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Denise Pires Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Fabio Siebeneichler de Andrade (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Gilberto Stürmer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
José Maria Rosa Tesheiner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Juarez Freitas (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Regina Linden Ruaro (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Thadeu Weber (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL EXTERNO

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes (Universidade de Brasília, DF)
Alexandre Coutinho Pagliarini (Uninter, Curitiba, PR)
Anderson Teixeira (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Andreas Joachim Krell (Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL;
Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE)
André Ramos Tavares (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,
SP; Centro de Extensão Universitária, São Paulo, SP; Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP)
Anna Cândida da Cunha Ferraz (Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Antonio Celso Alves Pereira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Antonio Gomes Moreira Maués (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Araken de Assis (Faculdade Especializada em Direito, São Paulo, SP)
Carlos Luiz Strapazzon (Universidade do Oeste de Santa Catarina, SC)
Cláudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS)
Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, PR)
Cristiane Derani (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC;
Universidade de Santos, Santos, SP; Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
Eduardo Bittar (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP; Centro Universitário FIEO, Osasco, SP)
Fernando Facury Scaff (Universidade Federal do Pará, Belém, PA)
Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS; Universidade de Hamburgo)
Gustavo José Mendes Tepedino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Faculdade de Direito de Campos, Campos do Goytacazes, RJ)
Heleno Taveira Tôrres (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP)
José Luis Bolzan de Morais (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Lenio Luiz Streck (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Loussia Penha Musse Felix (Universidade de Brasília, DF)
Lúcio Delfino (Universidade de Uberaba, Uberaba, MG)
Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Luiz Alberto David Araújo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP)
Luiz Edson Fachin (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR;
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR)

Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR)
Luiz Henrique Urquhart Cademartori (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Marcelo Campos Galuppo (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG;
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG)
Maria Celina Bodin de Moraes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ)
Orides Mezzaroba (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC)
Paulo Bonavides (Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE)
Ricardo Lobo Torres (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade de Iguaçu, Nova Iguaçu, RJ; Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ)
Rogério Gesta Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ)
Sandra Regina Martini Vial (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS;
Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS)
Vicente de Paulo Barreto (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ;
Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ; Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS)
Wilson Antônio Steinmetz (Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS;
Universidade Luterana do Brasil, Canoas, RS)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Presidente: José Joaquim Gomes Canotilho (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Alexander Graser (Hertie School of Governance, Berlim, Alemanha)
Bernd Schulte (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Munique, Alemanha)
David Almagro Castro (Universidade de Temuco, Chile)
Dieter Grimm (Universidade Humboldt, Berlim, Alemanha)
Fernando Rey Martínez (Universidade de Valladolid, Valladolid, Espanha)
Francisco Balaguer Calejón (Universidade de Granada, Granada, Espanha)
Francisco Fernández Segado (Universidade Complutense, Madrid, Espanha)
Heinrich Scholler (Universidade de Munique, Hochschule für Politik, Munique, Alemanha)
Jónatas Eduardo Mendes Machado (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Jörg Neuner (Universidade de Augsburg, Augsburg, Alemanha)
Louis J. Kotzé (North West University, Potchefstroom, África do Sul)
Michael J. Perry (Faculdade de Direito da Emory University, Atlanta, EUA)
Miguel Ángel Presno Linera (Universidade de Oviedo, Oviedo, Espanha)
Miguel Carbonell Sánchez (Universidade Nacional do México, Cidade do México, México)
Ockert Dupper (Universidade de Stellenbosch, Stellenbosch, África do Sul)
Paolo Ridola (Universidade La Sapienza, Roma, Itália)
Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)
Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto, Porto, Portugal)
Peter Häberle (Universidades de St. Gallen, Suíça, e Bayreuth, Alemanha)
Robert Cottrol (George Washington University, Washington-DC, EUA)
Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Bogotá, Colômbia)
Stefano Maria Cicconetti (Universidade de Roma Tre, Roma, Itália)
Stephan Kirste (Universidade de Salzburgo, Áustria)
Vasco Pereira da Silva (Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal)

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Alexandre Veronese (Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília/DF)
Andres del Río (Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói/RJ)
Bruno Garcia Redondo (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Ricardo Bioni (Universidade de São Paulo – USP, São Paulo/SP)
Carlos Luiz Strapazzon (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Joaçaba/SC)
Clara Iglesias Keller (Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut, Alemanha/ALE)
Clarissa Piterman Gross (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Cláudia Toledo (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, Juiz de Fora/MG)
Cristhian Magnus de Marco (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Joaçaba/SC)
Daniel Brantes Ferreira (Fundação Getulio Vargas – FGV, Rio de Janeiro/RJ)
Daniel Wang (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Dimitri Dimoulis (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Eduardo Jordão (Fundação Getulio Vargas – FGV, Rio de Janeiro/RJ)
Eduardo Rocha Dias (Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza/CE)
Fabio Leite (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUCRJ, Rio de Janeiro/RJ)

Fausto Santos de Morais (Escola de Direito da Atitus Educação, Passo Fundo-RS)
Fernando Leal (Fundação Getulio Vargas – FGV, Rio de Janeiro/RJ)
Francisco Pizzette Nunes (Escola Superior de Criciúma – ESUCRI, Criciúma, SC)
Gabriela Cruz Amato Teixeira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre/RS)
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre/RS)
Giovani Saavedra (Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP)
Guilherme Almeida (Universidade de São Paulo – USP, São Paulo/SP)
Guilherme Pinheiro (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília/DF)
Gustavo Santiago Torrecilha Cancio (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Pioneiros/MS)
Gustavo Schneider Fossati (Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito – FGV, São Paulo/SP)
Helton Carlos Praia de Lima (Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA, Manaus/AM)
Izabella de Fátima de Barros Melo Dias (Centro Universitário AESO Barros Melo – UNIAESO, Olinda/PE)
Joana Silvia Mattia Debastiani (Universidade de Caxias do Sul – UCS, Caxias do Sul/RS)
Juliana Alvim (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte/MG)
Leandro Molhano Ribeiro (Fundação Getulio Vargas – FGV, Rio de Janeiro/RJ)
Luciana Yeung (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Marco Túlio Reis Magalhães (Escola de Direito do Brasil – EDB, São Paulo/SP)
Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita (Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, São Paulo/SP)
Mariana Valente (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Milena Barbosa de Melo (Universidade Estadual da Paraíba – UEP, Campina Grande/PB)
Milena Donato (Universidade do Estado Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro/RJ)
Nathalie Fragoso (Universidade de São Paulo – USP, São Paulo/SP)
Paula Nunes Mamede Rosa (Universidade de São Paulo – USP, São Paulo/SP)
Regina Linden Ruaro (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre/RS)
Rita Peixoto Ferreira Blum (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, São Paulo/SP)
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo/SP)
Sandro Lúcio Dezan (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília/DF)
Silvano Alves Alcantara (Centro Universitário Internacional Uninter – UNINTER, São José do Rio Preto/SP)
Tainá Junquilho (Centro de Extensão e Pesquisa do Instituto Brasiliense de Direito Público – CEP/IDP, Brasília/DF)
Têmis Limberger (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo/RS)
Thadeu Weber (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre/RS)
Thiago Perez Bernardes de Moraes (Centro Universitário Campos de Andrade – Uniandrade, Curitiba/PR)
Vanessa Boarati (Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, São Paulo/SP)
Veridiana Alimonti (Universidade de São Paulo – USP, São Paulo/SP)
Walter Rothenburg (Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP – USP, Ribeirão Petro/SP)
Wellison Muchiutti Hernandes (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília/DF)

Sumário

Nota Editorial 15
Editorial 17

DOUTRINA ESTRANGEIRA

Os partidos políticos e a democracia: uma aproximação ao conceito de democracia intrapartidária
Matheus José Vequi, Clovis Demarchi, Juan Felipe Orozco Ospina 21

Introdução 22
1 Um conceito de democracia 23
2 A democracia e os partidos políticos 30
2.1 Apontamentos sobre os modelos de partido 34
3 Democracia intrapartidária: em busca de um conceito 40
Considerações finais 46
Referências 47

O direito a um mínimo existencial digno – Justificação jurídico-filosófica e aspectos do direito comparado
Stephan Kirste, Ingo Sarlet 51

I Introdução 52
II Sobre a justificação da filosofia do direito acerca do direito a um mínimo existencial digno 54
II.1 A dignidade humana como direito ao reconhecimento da pessoa como pessoa jurídica 54
II.2 Bases da história das ideias do direito a um mínimo existencial digno como dimensão positiva da dignidade humana 58
II.2.1 A tradição kantiana do direito original à subsistência 60
II.2.2 As colaborações de Hegel e da Escola de Krause 65
II.2.3 Breves comentários acerca da história das ideias 69
III A justificação do direito a um mínimo existencial digno no direito positivo 71
III.1 Introdução 71
III.2 O mínimo existencial digno no direito internacional e europeu 73
III.3 O mínimo existencial digno na Constituição 77
III.3.1 O desenvolvimento da jurisprudência 77
III.3.2 Evoluções na literatura 83
IV Um olhar comparativo sobre outras garantias constitucionais do direito a um mínimo digno de subsistência 85
IV.1 O conteúdo do mínimo digno de subsistência 85
IV.2 A relação entre o direito a um mínimo existencial digno e outros direitos sociais ... 89
IV.3 Outros exemplos da correlação entre a dignidade humana e o direito a um mínimo digno de subsistência 91
V Resumo 97
Referências 98

A conformidade da arbitragem de consumo do sistema espanhol de acesso à justiça e de proteção dos consumidores ao novo marco europeu de ADR/ODR de consumo
Catharine Black Lipp João, Guillermo Orozco Pardo 105

Introdução 106
1 A arbitragem de consumo no marco do sistema espanhol 109
2 O marco europeu de ADR e ODR de consumo 116
3 A conformidade do Sistema Arbitral de Consumo espanhol com o marco europeu de ADR para atuação na plataforma de ODR 121
4 Perspectivas e desafios sobre a utilização da ADR/ODR de consumo 131
Conclusão 137
Referências 138

DOUTRINA NACIONAL

Punindo o agressor e/ou protegendo a vítima? Uma análise das iniciativas legislativas de enfrentamento da violência contra a mulher na pauta da segurança pública no Congresso Nacional entre 1989 e 2019
Patricia de Oliveira Burlamaqui, Leandro Molhano Ribeiro 143

1 Introdução 144
2 O contexto do debate legislativo sobre segurança pública no Congresso Nacional 148
3 O contexto do debate legislativo da temática da violência contra a mulher na pauta ampla da segurança pública no Congresso Nacional 156
4 Considerações finais 170
Referências 171
Anexos 174
Anexo 1 – Produção normativa do Poder Legislativo sobre segurança pública e violência de gênero: desafios metodológicos para a coleta de informações e categorização dos assuntos tratados 174
Anexo 2 – Quadro partidos políticos 182

O *ius constitutionale commune* e as constituições da América Latina
Lourenço Kantorski Lenardão, Guilherme Camargo Massaú 185

1 Introdução 186
2 Independência e o *ius constitutionale commune* 189
2.1 Monismo 190
2.2 Pluralismo 191
2.3 Transfronteirização 192
3 *Ius constitutionale commune* 194
3.1 Caracterização 194
3.2 Peculiaridades 196
3.3 Críticas 198
4 A projeção do *ius constitutionale commune* na América Latina 199
4.1 Comparação constitucional 199
4.2 Nível de similitude entre termos constitucionais 201
4.3 A função das cortes na interação entre as esferas interna e externa do Estado 204
5 Conclusão 207

Referências 207
Anexo 210

Quando punir o agressor não se mostra suficiente: uma análise da necessidade de se retrabalhar as respostas penais e extrapenais à violência de gênero a partir da Constituição Federal
Edson Vieira da Silva Filho, Larissa Faria de Souza 221

Introdução 222
1 A dialética materialista histórica marxiana como condição de possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil contemporâneo 225
2 A resposta penal reativa: por que punir? A lei penal para conter violações 230
3 As medidas extrapenais: um caminho constitucional para a transformação social 237
Conclusão 241
Referências 242

A ambivalência do Sistema Interamericano na tutela dos direitos humanos
Anna Carolina Kähler de Moraes Barros, Pedro Ivo Ribeiro Diniz 247

Considerações iniciais 248
1 *Modus faciendi* e adequações edificadas 250
2 Limites formais cingidos 259
3 Potencial emancipatório e a ambivalência do Sistema Interamericano 268
Considerações finais 277
Referências 280

Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível
Luís Roberto Barroso, Luna van Brussel Barroso 285

I Democracia e populismo autoritário 286
II Internet, mídias sociais e liberdade de expressão 289
1 O impacto da internet 289
2 O papel dos algoritmos 291
3 Algumas consequências indesejáveis 294
III Um modelo regulatório para as redes sociais 297
1 Responsabilidade intermediária por conteúdo gerado pelo usuário 298
2 Regras para moderação de conteúdo pelas plataformas 300
IV O papel da sociedade 304
V Novos desenvolvimentos sobre o tema 304
1 Estados Unidos: *Twitter v.* Taamneh e Gonzalez *v. Google* 304
2 Brasil: não votação do PL nº 2.630 306
3 Brasil: declaração de inelegibilidade do Ex-Presidente Jair Bolsonaro 306
VI Conclusão 307
Referências 307

ESG e a força normativa dos direitos fundamentais: retorno da Constituição dirigente?
Giovani Saavedra 313

Introdução 314
1 Da Constituição dirigente ao ESG 315
2 Capitalismo *stakeholder* e o ESG como forma de concretização dos direitos fundamentais 318
3 Agenda ESG e o dirigismo constitucional multinível 321
Considerações finais 327
Referências 327

Revendo Rawls e os princípios de justiça a partir da crítica procedimental habermasiana
Eduardo Ribeiro Moreira, Maria Eugênia Bunchaft 333

1 Introdução 334
2 A estrutura básica da sociedade 337
3 A posição original 340
4 Os princípios da justiça 348
5 A crítica ao princípio da neutralidade do Estado e ao suposto atomismo social 353
6 O debate com Jürgen Habermas: a teoria da justiça rawlsiana como insuficientemente deliberativa 356
6.1 A cooriginariedade entre as autonomias pública e privada e a crítica habermasiana ao déficit deliberativo rawlsiano da ideia de posição original 357
6.2 A crítica habermasiana ao consenso sobreposto e à ideia rawlsiana de razão pública no contexto de sociedades pós-seculares 358
7 Conclusão 361
Referências 363

Vigilância e monitoramento na sociedade da informação: contribuições do constitucionalismo digital para a governança da internet
Rodrigo Vitorino Souza Alves, Thobias Prado Moura, Luma Laura Damasceno Góes 365

1 Vigilância digital: a técnica econômica e seu governo algorítmico 366
2 Constitucionalismo digital: uma resposta à cibervigilância? 371
3 Governança da internet: uma resposta pautada no constitucionalismo digital 377
3.1 Abordagens locais coordenadas e o constitucionalismo digital 377
3.1.1 A estratégia brasileira 378
3.1.2 A estratégia europeia 385
3.2 A internet como *common* global 393
4 Considerações finais 399
Referências 400

Desenvolvendo liberdades no sistema prisional: possibilidades e potencialidades das políticas de trabalho para as mulheres privadas de liberdade
Deborah Ferreira Cordeiro Gomes, Bartira Macedo de Miranda 405

Considerações iniciais 406
1 Entre o Estado social e o Estado penal: a posição das mulheres prisionalizadas no projeto social-democrático 408
2 O direito ao desenvolvimento no sistema prisional 412

3 O trabalho dentro da trajetória pessoal das mulheres privadas de liberdade 416
4 Trabalho prisional: possibilidades e potencialidades de efetivação do direito ao desenvolvimento sob a ótica de gênero 425
Considerações finais 434
Referências 434

O acesso à justiça em face do viés judicial
Suzy Sousa, Armin Mathis, Paulo Cerqueira dos Santos Junior 439
Introdução 440
1 Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica 445
1.1 O litigante mais forte: Vale S.A. 449
2 O viés judicial em ações envolvendo a Vale 451
2.1 Processo de obtenção e análise descritiva dos dados 451
2.2 O modelo de regressão logística e a estimação de probabilidades 457
Conclusões 461
Referências 463

Liberdade religiosa de agentes públicos em eventos oficiais e o dever de neutralidade
Luiz Antônio Freitas de Almeida 467
Introdução 468
I Síntese histórica 469
II Liberdade religiosa 471
III Secularismo, laicidade e neutralidade 476
IV O exercício da liberdade religiosa por agentes públicos e suas restrições 482
Considerações finais 490
Referências 491

O Tribunal de Justiça de São Paulo e o INSS: um estudo estatístico sobre as ações acidentárias julgadas entre 2017 e 2018
Dalton Tria Cusciano 497
1 Introdução 498
2 O acidente de trabalho na perspectiva doutrinária 502
3 O acidente de trabalho e a legislação brasileira 513
4 Metodologia 520
5 Análise quantitativa dos resultados 521
6 Comparações de resultados entre as 16ª e 17ª Câmaras do TJSP 528
7 Conclusão 532
Referências 534

A criminologia do ser-aqui: uma resistência latino-americana ao poder punitivo informal
Welton Roberto, Mário Jorge Ferreira da Silva Júnior 539
1 Notas introdutórias: Zaffaroni e o poder punitivo 540
2 A criminologia do Norte, o totalitarismo financeiro e a macrocriminalidade organizada: consequências do poder punitivo 543
3 A colonização punitiva, o colonialismo tardio e a reprodução delitiva 545

4 As táticas de resistência e a metodologia dos saberes populares: poderes emancipatórios 547
5 Notas finais: a criminologia do ser-aqui 549
Referências 550

Direito fundamental à informação ambiental e dever estatal de transparência reativa: análise do IAC nº 13, do Superior Tribunal de Justiça
Andrea Bezerra de Melo Girão Mota, Mônica Mota Tassigny 551
1 Introdução 552
2 Conteúdo e alcance da decisão 553
3 Conceito de transparência passiva, ativa e reativa 561
4 Conclusão 565
Referências 566

Normas editoriais 569

Table of Contents

Editorial 17

FOREIGN DOCTRINE

Political parties and democracy: an approach to the concept of intraparty democracy
Matheus José Vequi, Clovis Demarchi, Juan Felipe Orozco Ospina 21

O direito a um mínimo existencial digno – Justificação jurídico-filosófica e aspectos do direito comparado
Stephan Kirste, Ingo Sarlet 51

The compliance of the consumer arbitration of the Spanish access to justice and consumer protection system to the new European consumer ADR/ODR framework
Catharine Black Lipp João, Guillermo Orozco Pardo 105

NATIONAL DOCTRINE

Punishing the aggressor and/or protecting the victim? An analysis of the legislative initiatives on violence against women in the public security agenda at the National Congress between 1989 and 2019
Patricia de Oliveira Burlamaqui, Leandro Molhano Ribeiro 143

The ius constitutionale commune and the Latin-American constitutions
Lourenço Kantorski Lenardão, Guilherme Camargo Massaú 185

When punishing the aggressor is not enough: an analysis of the need to rework criminal and extra-penal responses to gender violence based on the Federal Constitution
Edson Vieira da Silva Filho, Larissa Faria de Souza 221

The ambivalence of the Inter-American System in the protection of human rights
Anna Carolina Kähler de Moraes Barros, Pedro Ivo Ribeiro Diniz 247

Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível
Luís Roberto Barroso, Luna van Brussel Barroso 285

ESG e a força normativa dos direitos fundamentais: retorno da Constituição dirigente?
Giovani Saavedra 313

Reviewing Rawls and the principles of justice from the Habermasian procedural criticism perspective
Eduardo Ribeiro Moreira, Maria Eugênia Bunchaft 333

Surveillance and monitoring in the information society: contributions of digital constitutionalism to internet governance
Rodrigo Vitorino Souza Alves, Thobias Prado Moura, Luma Laura Damasceno Góes 365

Developing freedoms in the prison system: possibilities and potentials of work policies in the context of woman deprived of freedom
Deborah Ferreira Cordeiro Gomes, Bartira Macedo de Miranda 405

Access to justice facing the judicial bias
Suzy Sousa, Armin Mathis, Paulo Cerqueira dos Santos Junior 439

The religious liberty of public servants in official events and the duty of neutrality
Luiz Antônio Freitas de Almeida 467

São Paulo Court of Justice and the INSS: a statistical study on accidental benefits suits judged between 2017 and 2018
Dalton Tria Cusciano 497

The criminology of being-here: a Latin American resistance to informal punitive power
Welton Roberto, Mário Jorge Ferreira da Silva Júnior 539

Fundamental right to environmental information and state duty of reactive transparency: analysis of IAC no. 13, by the Superior Court of Justice
Andrea Bezerra de Melo Girão Mota, Mônica Mota Tassigny 551

Nota Editorial

Desde sua primeira edição, a *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça* contou com duas seções comumente encontradas nas revistas brasileiras da área do direito – artigos científicos inéditos estrangeiros e nacionais. Em virtude do interesse natural e constante dos autores e da demanda tradicional dos leitores, a produção intelectual desses dois tipos sempre apareceu em maior volume e destaque nesses quase cinquenta números regulares da Revista. No entanto, estas nunca foram as duas únicas seções.

Também desde o primeiro número, em 2007, a Revista sempre ofereceu espaço privilegiado para dois outros tipos de produções. Primeiro, trabalhos reagindo a livros, normalmente monográficos, oferecendo avaliação crítica e procurando determinar a posição na literatura brasileira e estrangeira de direitos fundamentais que pode ser ocupada por novos ou tradicionais trabalhos de fôlego. A resenha desta edição é de Welton Roberto (Universidade Federal de Alagoas, AL) e Mário Jorge Ferreira da Silva Júnior (Universidade Federal de Alagoas, AL).

Segundo, textos descrevendo uma decisão judicial de relevância jurídica, política ou social no Brasil ou em jurisdição estrangeira. Os comentários de jurisprudência buscam oferecer uma leitura para além do valor de face de argumentos e afirmações dos magistrados, informada pelo profundo conhecimento dos autores sobre a literatura científica conectada ao tópico da decisão. O comentário de jurisprudência desta edição é de Andrea Bezerra de Melo Girão Mota (Universidade de Fortaleza, CE) e Mônica Mota Tassigny (Universidade de Fortaleza, CE).

A Revista continuará sempre dando destaque a textos desse tipo, ainda que não existam submissões de alta qualidade em número suficiente para garantir que essas seções sejam ocupadas em todas as edições.

Os autores estrangeiros dos artigos desta edição produziram trabalhos em coautoria com autores brasileiros, prestigiando redes de pesquisa internacionais e temas globalmente relevantes. São eles: Matheus José Vequi (Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniasselvi), Campus Itajaí, SC), Clovis Demarchi (UNIVALI, Itajaí, SC) e Juan Felipe Orozco Ospina (Universidad de Caldas, Caldas, Colômbia); Stephan Kirste (Universidade de Salzburg, Áustria) e Ingo W. Sarlet (PUC-RS); Catharine Black Lipp João (PUC-RS) e Guillermo Orozco Pardo (Universidad de Granada, Espanha).

Os autores dos artigos nacionais representam sete estados brasileiros. São eles:

Patricia de Oliveira Burlamaqui (Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Campos dos Goytacazes, RJ) e Leandro Molhano Ribeiro (Fundação

Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ); Lourenço Kantorski Lenardão (PUC-RS) e Guilherme Camargo Massaú (Universidade Federal de Pelotas, RS); Edson Vieira da Silva Filho (Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG) e Larissa Faria de Souza (Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG); Anna Carolina Kähler de Moraes Barros (Universidade Federal de Lavras, MG) e Pedro Ivo Ribeiro Diniz (Universidade Federal de Lavras, MG); Luís Roberto Barroso (UERJ) e Luna van Brussel Barroso (USP); Giovani Saavedra (Mackenzie, São Paulo, SP); Eduardo Ribeiro Moreira (UFRJ) e Maria Eugênia Bunchaft (Estácio de Sá, Rio de Janeiro); Rodrigo Vitorino Souza Alves (Universidade Federal de Uberlândia, SP), Thobias Prado Moura (Universidade Nova de Lisboa, Portugal) e Luma Laura Damasceno Góes (Universidade de Toronto, Canadá); Deborah Ferreira Cordeiro Gomes (Universidade Federal de Goiás) e Bartira Macedo de Miranda (Universidade Federal de Goiás); Suzy Sousa (Universidade Federal do Pará), Armin Mathis (Universidade Federal do Pará) e Paulo Cerqueira dos Santos Junior (Universidade Federal do Pará); Luiz Antônio Freitas de Almeida (Universidade Católica Dom Bosco, MS); e Dalton Tria Cusciano (Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, SP).

Como sempre, desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Ingo W. Sarlet
Prof. Dr. Ivar A. Hartmann

Editorial

Since its first issue, the Brazilian Journal of Fundamental Rights and Justice has featured two sections commonly found in Brazilian legal journals - unpublished foreign and national scientific articles. Due to the natural and constant interest of the authors and the traditional demand of the readers, these two sections were always predominant in these almost fifty regular issues of the Journal. But they were never the only two sections.

Ever since the first issue in 2007, the Journal has consistently offered a privileged space for two other types of research output. First, works reacting to books, usually monographic, providing critical evaluation and seeking to determine the position and role that new or traditional in-depth works might occupy in the Brazilian and foreign literature of fundamental rights. The literature review of this edition is by Welton Roberto (Federal University of Alagoas, AL) and Mário Jorge Ferreira da Silva Júnior (Federal University of Alagoas, AL).

Second, short essays describing a judicial decision of legal, political, or social relevance in Brazil or in a foreign jurisdiction. The case law commentary aims to offer a reading beyond the face value of arguments and statements made by judges, informed by the authors' deep knowledge of the literature connected to the topic of the ruling. The jurisprudence commentary in this issue is by Andrea Bezerra de Melo Girão Mota (University of Fortaleza, CE) and Mônica Mota Tassigny (University of Fortaleza, CE). The Journal will continue to spotlight works of this kind, even if there are not enough high-quality submissions to ensure that these sections are confirmed in every issue.

The authors of national articles represent seven Brazilian states. They are:

Patricia de Oliveira Burlamaqui (State University of Northern Rio de Janeiro Darcy Ribeiro, Campos dos Goytacazes, RJ) and Leandro Molhano Ribeiro (Getúlio Vargas Foundation, Rio de Janeiro, RJ); Lourenço Kantorski Lenardão (PUC-RS) and Guilherme Camargo Massaú (Federal University of Pelotas, RS); Larissa Faria de Souza (Law School of Southern Minas, Pouso Alegre, MG) and Edson Vieira da Silva Filho (Law School of Southern Minas, Pouso Alegre, MG); Anna Carolina Kähler de Moraes Barros (Federal University of Lavras, MG) and Pedro Ivo Ribeiro Diniz (Federal University of Lavras, MG); Luís Roberto Barroso (UERJ) and Luna Barroso (USP); Giovani Saavedra (Mackenzie, São Paulo, SP); Eduardo Ribeiro Moreira (UFRJ) and Maria Eugênia Bunchaft (Estácio de Sá, RJ); Rodrigo Vitorino Souza Alves (Federal University of Uberlândia, SP), Thobias Prado Moura (New University of Lisbon, Portugal), Luma Laura Damasceno Góes (University of Toronto, Canada);

Deborah Ferreira Cordeiro Gomes (Federal University of Goiás) and Bartira Macedo de Miranda (Federal University of Goiás); SUZY SOUSA (Federal University of Pará), Armin Mathis (Federal University of Pará) and Paulo Cerqueira dos Santos Junior (Federal University of Pará); Luiz Antônio Freitas de Almeida (Catholic University Dom Bosco, MS) and Dalton Tria Cusciano (Jorge Duprat Figueiredo Foundation for Safety and Occupational Medicine, SP).

As always, we wish everyone a great read.

Prof. SJD Ingo W. Sarlet
Prof. SJD Ivar A. Hartmann

Doutrina Estrangeira



OS PARTIDOS POLÍTICOS E A DEMOCRACIA: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE DEMOCRACIA INTRAPARTIDÁRIA

POLITICAL PARTIES AND DEMOCRACY: AN APPROACH TO THE CONCEPT OF INTRAPARTY DEMOCRACY

Matheus José Vequi

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Estudos Políticos pela Universidad de Caldas (Ucaldas). Professor no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniasselvi), Campus Itajaí, Santa Catarina, Brasil. *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/6818914510971558. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2552-1497. Endereço eletrônico: matheusvequi@hotmail.com.

Clovis Demarchi

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor na Graduação em Direito e no curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, Campus Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/9819761828844957. Orcid ID: https://orcid.org/0000-0003-0853-0818. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

Juan Felipe Orozco Ospina

Doctor en Derecho por la Universidad de Palermo. Magíster en derecho por la Universidad de Manizales. Coordinador de la Maestría en Estudios Políticos de la Universidad de Caldas (Ucaldas), Manizales, Caldas, Colômbia. Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-9182-2020. Endereço eletrônico: juan.orozco@ucaldas.edu.co.

Resumo: O presente estudo tem como escopo apresentar diferentes concepções de democracia intrapartidária, de modo a aproximar-se do conceito operacional da categoria. Em relação à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e o relatório dos resultados é composto pela base lógico-indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do

conceito operacional e da pesquisa bibliográfica. Ante o exposto, concluiu-se que a literatura converge em conceber a democracia intrapartidária essencialmente como um procedimento. A democracia intrapartidária se constrói com a participação dos filiados nas decisões internas relevantes à agremiação. Em partidos políticos democratizados, os filiados possuem poder para influenciar o programa e as posições públicas, bem como eleger, a partir de mecanismos competitivos, os candidatos aos cargos do Estado e as lideranças partidárias.

Palavras-chave: Democracia intrapartidária. Partido político. Participação. Democracia nos partidos.

Abstract: This study aims to present different conceptions of intra-party democracy, in order to approach the operational concept of the category. In relation to the methodology used, it is registered that, in the investigation phase, the inductive method was used, in the data processing phase the Cartesian method, and the report of the results is composed on the inductive logical basis. In the different phases of the research, the referent, category, operational concept and bibliographic research techniques were used. Given the above, it was concluded that the literature converges in conceiving intra-party democracy essentially as a procedure. Intra-party democracy is built with the participation of members in internal decisions relevant to the association. In democratized political parties, members have the power to influence the program and public positions, as well as to elect, through competitive mechanisms, candidates for state positions and party leaders.

Keywords: Intra-Party Democracy. Political party. Participation. Democracy in parties.

Sumário: Introdução – **1** Um conceito de democracia – **2** A democracia e os partidos políticos – **3** Democracia intrapartidária: em busca de um conceito – Considerações finais – Referências

Summary: Introduction – **1** A Concept of Democracy – **2** Democracy and Political Parties – **3** Intraparty Democracy: In Search of a Concept – Conclusion – References

Introdução

A democracia intrapartidária é uma temática que ainda não recebeu a devida atenção dos especialistas brasileiros, sendo poucos os estudos que se dedicaram a analisar as relações de poder no interior das agremiações, ou mesmo avançaram sobre as dimensões a serem investigadas. Neste sentido, o presente artigo tem como escopo apresentar diferentes concepções de democracia intrapartidária, de modo a aproximar-se do conceito operacional da categoria, tratando, da mesma forma, das principais dimensões para sua análise.

Visando à construção deste objetivo, no primeiro momento, abordam-se os diferentes conceitos atribuídos à democracia, valendo-se de autores como Norberto Bobbio, Giovanni Sartori, Robert Dahl e Joseph Schumpeter. No tópico seguinte, trata-se dos partidos políticos, suas funções na sociedade e na democracia moderna, além de uma breve revisão das tipologias partidárias clássicas, trazendo à colação autores como Angelo Panebianco, Maurice Duverger, Richard Katz e Peter Mair. Por fim, na última parte, são apresentadas diferentes concepções em relação à democracia intrapartidária e suas dimensões, valendo-se de autores como Flavia Freidenberg, Susan Scarrow e Maria del Pilar Hernandéz.

Em relação à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação,[1] foi utilizado o método indutivo;[2] na fase de tratamento de dados, o método cartesiano;[3] e o relatório dos resultados expresso no presente artigo é composto por base lógico-indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente,[4] da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.[5]

1 Um conceito de democracia

Se podemos dizer, tal como afirma Bobbio,[6] que a democracia, a partir de sua fórmula política, é o desenvolvimento lógico do Estado liberal, é necessário apontar, como faz Macpherson,[7] que as atuais democracias liberais possuem como base o individualismo, anterior ao Estado de direito e sua paulatina atribuição de direitos políticos aos indivíduos. O individualismo é o fundamento da democracia.[8] Expressa a ideia de que o ser humano tem um valor intrínseco e que o Estado nada mais é que o produto da vontade dos cidadãos, vistos não como corpo único, mas sim como indivíduos singulares. Ao afirmar que o indivíduo vem antes do Estado, a doutrina individualista alterou a lógica existente.

Uma das regras de ouro do sistema democrático, "one man, one vote", evidencia que o detentor da soberania na democracia moderna não é o povo, mas sim o cidadão. Por isso, "quando nos referimos a uma democracia, seria mais correto falar de soberania dos cidadãos, e não de soberania popular".[9] É consequência lógica do eventual abandono da concepção individualista a perda do sentido da democracia como regime no qual cada indivíduo detém parte da soberania. Com a ascensão

1 "[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113).

2 "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 114).

3 Sobre as quatro regras do método cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

4 "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 69).

5 "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais" (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 217).

6 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 42.

7 MACPHERSON, Crawford B. *A democracia liberal*: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 29.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30-31.

9 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 47.

do Estado de direito, Bobbio[10] afirma que ocorre o transcurso do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista do cidadão, dado que, com o reconhecimento de que os indivíduos possuem direitos públicos (além dos privados), se enrobustece a noção de que o poder ascende da base para o topo, ou seja, a partir dos cidadãos. O autor salienta ainda que o Estado liberal é o pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, haja vista que são interdependentes "[...] na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático", bem como "[...] na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais".[11]

A liberdade e a igualdade, mais do que condições necessárias para o correto funcionamento de um regime democrático, são vistas por Kelsen[12] como direitos implícitos à natureza humana, fazendo com que a democracia, por consequência do ideal de autogoverno e autodeterminação, seja tida como uma decorrência lógica. Assim, se é verdade que o ser humano rejeita todas as formas de coerção, exigindo sempre a máxima liberdade em razão da igualdade entre os indivíduos, mas, ao mesmo tempo, admitindo que para a preservação destes direitos é necessária a tutela estatal, então a "negação absoluta de qualquer vínculo social em geral, e, portanto, do Estado em particular, leva ao reconhecimento de uma forma especial desse vínculo, a democracia".[13] Deste modo, se deve haver uma sociedade, um Estado e um regramento, estas instituições deverão ser comandadas pelos próprios indivíduos. Em razão disto, ocorre a passagem da liberdade natural para a liberdade política ou social, em que o cidadão está submetido não à vontade alheia, mas à própria autoridade. É necessário destacar que a concepção apresentada por Kelsen[14] é reconhecida pelo próprio autor como idealista.

Conforme Sartori,[15] a democracia nas sociedades complexas não significa que o povo exerce o poder por ele mesmo, mas sim através da escolha de representantes. Neste sentido, entre as variações de democracia liberal apresentados por Macpherson,[16] o modelo da "democracia de equilíbrio elitista pluralista"[17] destaca-se

[10] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 31.

[11] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 38.

[12] KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27-28.

[13] KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28.

[14] KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

[15] SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 37.

[16] MACPHERSON, Crawford B. *A democracia liberal*: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 81-82.

[17] Segundo Macpherson: "*É pluralista* porque parte da pressuposição de que a sociedade a que se deve ajustar um sistema político democrático é uma sociedade plural, isto é, uma sociedade consistindo em indivíduos, cada um dos quais é impelido a muitas direções por seus muitos interesses, ora associado com um grupo de companheiros, ora com outros. *É elitista* naquilo que atribui a principal função no processo

pelo realismo político. Formulada por Joseph Schumpeter e desenvolvida mais tarde por Robert Dahl, a teoria consolidou-se a partir da metade do século XX, tendo como aspectos centrais a noção de que a democracia não é um fim moral, mas um instrumento para autorizar governos a partir da disputa entre grupos políticos (elites).

Na obra *Capitalismo, socialismo e democracia*, Schumpeter[18] faz duras críticas ao pensamento clássico e apresenta uma nova concepção na qual a democracia se caracteriza pela competição entre elites. O autor preocupou-se em descrever a democracia tal como ela se manifesta, distanciando-se dos ideais clássicos de "governo do povo", "vontade geral" e "bem comum". Por isso, Schumpeter enxerga a democracia não como um fim em si mesmo, ou como sinônimo de um bom governo, mas como um "método político" que se expressa a partir de determinado arranjo institucional com o objetivo de "chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo".[19]

Esta concepção procedimental reconhece o papel da liderança na democracia e marca uma importante inversão ante a teoria clássica: a escolha de representantes (formação de um governo) passa a ser uma meta primária, enquanto o poder de decisão do eleitorado sobre assuntos políticos torna-se uma meta secundária. Para Schumpeter,[20] a democracia então se caracteriza como uma disputa entre grupos organizados que competem pelo voto dos eleitores, para que com sua anuência conservem ou ascendam ao poder. Assim, "democracia significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou rejeitar os homens que hão de governá-lo" a partir da "[...] da competição livre entre os aspirantes à liderança política".[21] Deste modo, a democracia não significa o governo do povo, mas sim o governo dos políticos.[22]

Ao se referir à livre competição entre grupos, Schumpeter[23] inaugura a concepção de mercado político, desenvolvida mais tarde por inúmeros cientistas políticos,

político a grupos auto escolhidos de dirigentes. *É um modelo de equilíbrio* no que apresenta o processo democrático como um sistema que mantém certo equilíbrio entre a procura e a oferta de bens políticos" (grifos nossos) (MACPHERSON, Crawford B. *A democracia liberal*: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 81).

18 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 328.

19 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 366.

20 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 365-366.

21 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 386.

22 Como assinala Bobbio, a democracia moderna nasce como um meio de legitimação do poder e de controle sobre as decisões de determinado governo (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 49-50).

23 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 386.

como Anthony Downs.[24] Neste enfoque, a disputa política equivale ao livre mercado, assumindo o eleitor o papel de consumidor e o político, o de fornecedor. O eleitor (consumidor) exerce o poder de optar periodicamente por eleger determinado grupo político (fornecedor) para levar a cabo suas proposições. Assim, de maneira análoga ao que acontece no livre mercado, a soberania pertence ao eleitor, que está protegido do despotismo e exerce controle sobre os rumos do governo a partir da escolha por determinada agenda política.[25]

No entanto, assumir como principal característica da democracia a competição entre elites organizadas denota uma consideração restritiva sobre as dimensões do conceito. Neste sentido, a partir da influência[26] de Schumpeter, Dahl,[27] expoente da teoria pluralista, faz importantes contribuições para a evolução de um conceito de democracia mais adequado e adaptado à realidade política.[28] O autor considera que o *direito de participar livremente das eleições e cargos públicos* não garante sozinho a existência de uma poliarquia,[29] mas tão somente a popularização ou a maior participação dos cidadãos no processo político, no geral, pela queda das barreiras censitárias, raciais e de gênero, até a inclusão de todos os adultos.

Junto a esta característica, é necessária também a liberalização, que se manifesta na possibilidade de *contestação pública* ao governo, com a construção de sistemas e canais que facilitem a *oposição pública*. De maneira geral, estas duas características estão presentes em governos responsivos aos seus cidadãos, considerados politicamente iguais e dotados de idênticas e irrestritas possibilidades de formular e expressar "suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva", e "ter suas preferências igualmente consideradas

[24] DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

[25] MACPHERSON, Crawford B. *A democracia liberal*: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 84-85.

[26] Como explica Sartori: "Embora Dahl defenda a teoria competitiva, sua ênfase é muito diferente da de Schumpeter. Dahl começa onde Schumpeter para. Isto é, Dahl procura uma difusão e um reforço pluralista, na sociedade como um todo, da competição entre elites. Se o Problema de Schumpeter é entender o funcionamento da democracia, o problema de Dahl é, além desse, promover a democracia" (SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. p. 211).

[27] DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 28-30.

[28] Mesmo estando mais preocupado em compreender a realidade política, Dahl apresenta um núcleo de exigências para definição de uma democracia ideal em uma associação humana: este núcleo é composto por cinco critérios que possuem como elemento basilar a igualdade formal (a garantia de que todos os cidadãos serão tratados sem diferenciação e considerados politicamente iguais para tomar decisões políticas), são eles: a (1) *participação efetiva*; a (2) *igualdade de voto*; o (3) *entendimento esclarecido*; o (4) *controle do programa de planejamento*; e a (5) *inclusão dos adultos* (DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 49-50).

[29] O autor utiliza o termo para designar as democracias reais, que não atingem o grau ideal que o conceito democracia denota (DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 31).

na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência".[30]

Tais oportunidades implicam necessariamente a garantia de direitos individuais e coletivos, como exemplo, o direito ao voto, a liberdade de expressão, a elegibilidade para cargos públicos, o direito à informação por distintas fontes, o direito de ingressar e de formar organizações, bem como o de possuir eleições livres, justas, periódicas e competitivas, além da garantia proporcionada por instituições capazes de fazer com que as políticas governamentais sejam implementadas a partir da manifestação da preferência dos cidadãos (o que pode se dar, mas não exclusivamente, através das eleições).[31]

Na obra *Sobre a democracia*, Dahl[32] indica quais instituições[33] políticas são necessárias para formar uma democracia em grande escala. Para que se possa afirmar que um país é governado democraticamente, é necessário: (1) que o controle das decisões políticas seja feito por *representantes eleitos*; (2) que as eleições para estes cargos sejam *justas, livres e frequentes*; (3) que todos os cidadãos tenham assegurado pelo Estado o direito à *liberdade de expressão,* para que possam exprimir posições políticas, econômicas e sociais sem represálias; (4) que os cidadãos tenham *acesso a diversificadas e numerosas fontes de informação*; (5) que o Estado garanta aos cidadãos *autonomia para formar, integrar e administrar associações civis*, haja vista que na sociedade pluralista[34] a política é exercida predominantemente por grupos de interesses conflitantes; (6) que exista uma *cidadania inclusiva*, ou seja, que sejam assegurados, aos adultos com residência fixa no país, todos os direitos expostos nas condições anteriores, inclusive o direito de votar e ser votado. Este arranjo institucional forma o que podemos chamar de democracias reais, aquelas existentes em grande parte dos países no mundo.

---

30 DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 26

31 DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 27.

32 DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 97-100.

33 Hodgson define instituições como "sistemas de reglas sociales establecidas y extendidas que estructuran las interacciones sociales. El idioma, el dinero, la ley, los sistemas de pesos y medidas, los modales en la mesa, las empresas (y otras organizaciones) son todas instituciones" (HODGSON, Geoffrey. M. ¿Qué son las instituciones? *Revista CS*, Cali, v. 7, n. 8, p. 17-53, jul. 2011).

34 De modo geral, conforme explica Bobbio, quando se fala em pluralismo, entendem-se três coisas: um *fato*, uma *preferência* e uma *refutação*. *Fato*, tendo em vista que é apenas o reconhecimento de que a sociedade contemporânea possui enorme complexidade, havendo a formação e a interação de diversos grupos (organizados ou não) com interesses distintos e, por vezes, conflitantes. *Preferência*, pois é a afirmação de que, nesta sociedade complexa, o melhor modo de organização é aquele que atribui poder político aos diferentes grupos, para que assim participem (direta ou indiretamente) da formação das decisões coletivas. *Refutação*, já que "uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar totalitarismo" (BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 6).

A referência a inúmeros autores, seus conceitos e exigências proporcionaria, além de uma leitura maçante, um exercício quase inesgotável de colação de informações que ora avençam, ora conflitam. Tanto é assim, que Sartori[35] afirmou ser esta a era da confusão democrática, em que o conceito de democracia é "difuso e multifacetado", como efeito da existência de inúmeras correntes democráticas e da ausência de um autor central, como ocorre nas doutrinas do comunismo e do socialismo com Marx.

Assim, ante inúmeras propostas de conceituação do termo *democracia*, Bobbio[36] afirma que, para haver consenso entre distintas propostas, deve-se entendê-la como "um *conjunto de regras* (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com *quais procedimentos*". É pela observância das regras pré-constituídas (escritas ou costumeiras) que decisões tomadas por determinados indivíduos podem ser consideradas decisões coletivas e, portanto, legítimas. Uma vez determinadas, as *regras do jogo* influenciam diretamente o comportamento dos atores na esfera política (indivíduos, partidos, associações etc.) e determinam como se dará a disputa (pela configuração do sistema político e partidário) e quem são os legitimados a participar. "Regras do jogo, atores e movimentos fazem um todo único. Não se pode separar uns dos outros".[37] É importante destacar que não há apenas um único "conjunto de regras do jogo", mas tantos quantos constituições. Cada uma delas fornece as diretrizes para diferentes arranjos institucionais que dão forma a sistemas de governo e sistemas políticos distintos, conforme a escolha, por exemplo, pelo pluripartidarismo ou bipartidarismo, parlamentarismo ou presidencialismo, sistema majoritário ou proporcional etc. Da mesma forma, por ser uma característica intrínseca à democracia, as próprias regras do jogo estão sujeitas à modificação, mediante os procedimentos designados nos textos constitucionais e os limites impostos ao poder constituinte derivado.

Bobbio[38] adiciona a esta definição de democracia a necessidade de haver uma ampla e facilitada participação da sociedade no processo de tomada de decisões coletivas, sendo a regra geral a inclusão de todos os adultos. Na maioria dos países esta participação ocorre de modo indireto (democracia representativa), por meio de representantes eleitos pela sociedade para esta finalidade. A legitimidade

[35] SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. p. 17-18.

[36] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 108-110.

[37] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 109-110.

[38] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 36-73.

deste sistema democrático se assenta no "[...] consenso verificado periodicamente através de eleições livres por sufrágio universal".[39]

Por fim, o autor[40] impõe uma terceira condição, qual seja, que os cidadãos, quando convocados a decidir ou eleger seus representantes, possuam, obrigatoriamente, *condições de escolher* ao serem colocados ante *alternativas reais*. Como pressupostos para a observância destas exigências, faz-se necessário que aos indivíduos sejam resguardados os direitos que serviram de base ao surgimento do Estado de direito, como a liberdade de opinião, de expressão, de associação, reunião, entre outros.

É importante reforçar a intrínseca ligação existente entre os direitos do homem e a democracia.[41] O regime democrático, como explica Dahl,[42] não se restringe a um simples método político, mas é, também, "inerentemente, um sistema de direitos". Somente a partir da proteção aos direitos individuais e coletivos é possível empreender os padrões procedimentais exigidos em uma democracia e efetivar o funcionamento do núcleo essencial de um sistema democrático. São justamente os direitos fundamentais, como explica Kelsen,[43] os responsáveis por limitar o poder da maioria, restringindo a ação coletiva na vida privada do indivíduo e fornecendo proteção às minorias.

Diante do exposto, e a partir do reconhecimento do vínculo indissolúvel existente entre o regime democrático e a proteção aos direitos individuais,[44] entende-se o conceito de democracia nas linhas gerais propostas por Bobbio,[45] ou seja, como o arranjo institucional que determina quem são os responsáveis pela tomada de decisões coletivas e a partir de quais procedimentos. Tem-se como critérios básicos para este processo, nos termos de Dahl,[46] a eleição de representantes em disputas periódicas, justas e livres, nas quais estejam habilitados a votar todos os adultos com residência fixa no país, sendo assegurado aos indivíduos os direitos

[39] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 110.

[40] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 37-38.

[41] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 47.

[42] DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 61-62.

[43] KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 67.

[44] Como destaca Touraine, não existe democracia sem igualdade política, não só limitando a igualdade política a "atribuição dos mesmos direitos a todos os cidadãos [...]" (igualdade jurídica), mas também nela compreendendo "[...] um meio de compensar as desigualdades sociais, em nome dos direitos morais" (TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 25. Ver: democracia formal e democracia substancial em: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. 20. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 206).

[45] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 35.

[46] DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 97-100.

de liberdade, especialmente a liberdade de manifestação, associação e formação do pensamento por diversas fontes.

2 A democracia e os partidos políticos

Segundo Schumpeter,[47] a concepção clássica de partido político proposta por Burke, a saber, que o partido é um grupo de indivíduos que se reúne em prol do interesse nacional com base num princípio mutuamente compartilhado, por mais sedutora que pareça, não descreve o que de fato é um partido. Para além de focar sua crítica sobre a ambiguidade intrínseca ao termo "interesse nacional", Schumpeter afirma que um "princípio que une os indivíduos" não pode compor o núcleo central deste conceito operacional. Argumenta que as posturas e ideais assumidos por um partido são "tão importantes para seu sucesso quanto, para uma loja de departamentos, o são as marcas dos bens que ela vende". Todavia, da mesma forma que a loja não pode ser definida por suas marcas, um partido político não pode ser definido por seus princípios.

Hoje, tendo em vista o fenômeno que Mair[48] nomeia como erosão da identidade partidária, é até mesmo difícil classificar e diferenciar os partidos a partir de ideologias por eles assumidas. A tendência é que as agremiações assumam posicionamentos cada vez mais semelhantes umas com as outras, fazendo com que seja mais trabalhoso ao eleitor perceber diferenças relevantes entre as ideologias e objetivos destas associações. Esta similaridade nas posturas é uma adaptação dos partidos à homogeneização do próprio eleitorado, entre outros fatores.[49] Com base na teoria do mercado político formulada por Downs,[50] os partidos políticos (empresários), precisando receber um maior número de votos (recursos) para assegurar sua sobrevivência como instituição, alteram suas posturas e dão maior abrangência a suas propostas (produto), visando adequar-se às demandas que partem dos cidadãos (consumidores). Nesta perspectiva, o acanhamento das

[47] SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 383.

[48] MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003. p. 292.

[49] O autor destaca quatro indicadores deste processo: o compartilhamento entre os partidos das técnicas de propaganda política e formatos de organização interna, a homogeneização do perfil do eleitorado, a limitação da autonomia para gerir os negócios do Estado e a formação de laços amistosos entre agremiações políticas para viabilizar a participação no governo por meio de amplas coalizões (MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003. p. 289-292).

[50] DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 52.

identidades dos partidos é meramente um reflexo de uma sociedade que já não se identifica com o conflito político-ideológico.

Seja como for, a partir da teoria competitiva da democracia, Schumpeter[51] conceitua os partidos políticos como "um grupo cujos membros se propõem a agir de modo concertado em uma luta competitiva pelo poder político". Na mesma linha, Sartori[52] afirma que o viés eleitoral não pode ser posto de lado para a construção de uma concepção mínima sobre partido político. Para o autor, "um partido é qualquer grupo político identificado por um rótulo oficial que apresente em eleições, e seja capaz de colocar através de eleições (livres ou não) candidatos a cargos públicos".

Por sua vez, Weber[53] apresenta a competição política como um objetivo do partido, não como dimensão para compor um conceito. O autor afirma que os partidos políticos são associações humanas que visam alcançar determinada finalidade a partir de um formato organizado. Esta finalidade pode ser tanto objetiva, como a instalação de um projeto político ideológico, quanto pessoal, como o poder, o *status* e os favorecimentos de ordem patrimonial. Assim, como bem aponta Motta,[54] "os partidos são produto tanto de motivação ideológica quanto de ambição pelo poder".

Como explicam Bobbio, Matteucci e Pasquino,[55] a definição de Weber é importante, pois, além de dar conta da motivação do partido, qual seja, a conquista do poder político em determinada comunidade, também fornece destaque ao caráter associativo e aos diferentes incentivos que podem levar os indivíduos à ação política, dos mais nobres aos mais torpes, afastando-se, assim, do conceito ideal estabelecido por Burke.

Quanto às funções desenvolvidas pelos partidos políticos, Kollman[56] sugere a classificação a partir de três categorias, a saber, funções como organização, funções no governo e funções no eleitorado. Quando no governo, os partidos formulam e dão viabilidade à aprovação de políticas públicas, na medida em que utilizam seu poder de influência sobre os representantes (nos sistemas parlamentaristas votos contrários à orientação partidária são muito mais raros que nos sistemas presidencialistas) para construir coalizões no entorno das pautas consideradas prioritárias. Como organização, os partidos desempenham a tarefa de selecionar

[51] SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 383.

[52] SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 85.

[53] WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 185.

[54] MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. p. 10.

[55] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 898-899.

[56] KOLLMAN, Ken. *The American political system*. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2014. p. 412-423.

candidatos e viabilizar suas candidaturas, montando estratégias para cumprir seu objetivo de vencer as eleições. No eleitorado, os partidos organizam a disputa por votos, servindo como uma espécie de rótulo que auxilia o cidadão no processo de verificação da compatibilidade ideológica para com a agremiação política. Além disso, Scarrow[57] destaca a função educadora dos partidos políticos, pois, ao instituírem canais de participação capazes de influenciar as decisões internas, estas instituições assumem um papel de escolas de educação política, rendendo frutos à sociedade e ao sistema político.

É interessante apontar que, ao analisar o novo modo como as agremiações políticas se relacionam com a sociedade e o Estado, Mair[58] afirma que os partidos deixaram de exercer funções representativas e passaram às funções processuais. Explica que o contínuo processo de distanciamento entre sociedade e partido sugere que estas instituições mantêm apenas os encargos processuais de recrutar candidatos e fornecer governabilidade às gestões. Enquanto isto, deveres como o de representar interesses dos cidadãos são cada vez mais desempenhados pela mídia e por associações da sociedade civil. Da mesma forma, as funções de mobilizar e integrar a sociedade, com a queda das barreiras ao voto e o consequente sufrágio universal, "já não são necessárias – pelo menos nas democracias mais avançadas". E, por fim, no que tange à elaboração de políticas públicas, os partidos mostram-se cada vez menos necessários, "no sentido em que parece existir uma crescente tendência para confiar no julgamento de peritos ou de corpos aparentemente não políticos na determinação das políticas públicas". Ainda assim, neste caso, os partidos são necessários quando a escolha se baseie em questões normativas ou ideológicas.

De todo o modo, longe de ser um mero acessório das democracias modernas, como explicam Cross e Katz,[59] o partido político possui um papel central no planejamento e na organização do governo, motivo pelo qual é considerado uma instituição-chave para a desenvolvimento de uma democracia saudável. Neste sentido, é interessante perceber que mesmo num cenário em que as agremiações políticas são relacionadas cada vez mais com o fisiologismo, a centralização do poder decisório e a representação de interesses privados, como destacam Sáez

[57] SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 3. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

[58] MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003. p. 282-285.

[59] CROSS, William P.; KATZ, Richard S. The Challenges of Intra-Party Democracy. *In*: CROSS, William P.; KATZ, Richard S. *The Challenges of Intra-Party Democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2013. p. 1.

e Freidenberg,[60] elas "continuam sendo instrumentos básicos do jogo político e estruturas de intermediação necessárias para o funcionamento do sistema". Tanto é assim que, mesmo golpeados pelas constantes críticas e sendo alvos permanentes da desconfiança popular, o que não é de todo modo injusto, os cidadãos ainda percebem os partidos políticos como uma das bases do sistema democrático. "Criticam-se os partidos, promovem-se modos de representação alternativos, mas até o momento não se propuseram outras formas de democracia que possam funcionar sem o concurso" destes atores.

Além de fundamentais para a existência da democracia, Sáez e Freidenberg[61] explicam que os partidos colaboraram em grande medida para o seu alastramento como regime político, participando ativamente da consolidação de três processos que fornecem sustentação à democracia moderna, são eles: (1) a institucionalização da democracia, ou seja, a criação e a difusão de regras do jogo que limitam o tempo, o espaço e as ações dos atores na competição política; (2) a mediação entre a sociedade e o governo, através de instrumentos como a representação e a participação; e (3) a profissionalização da política, por meio da seleção de lideranças para gerir os negócios do Estado.

Os partidos políticos são tão fundamentais ao modo de vida contemporâneo que, para Garcia-Pelayo,[62] o atual estágio de desenvolvimento da democracia se configura como uma nova fase evolutiva, assim como foram a democracia direta e a indireta. Esta fase, que se apresenta como uma alternativa ao modelo de democracia liberal, é a chamada democracia (ou Estado) de partidos. Como explica Mezzaroba,[63] nesta teoria, para além das funções tradicionais (ligar o Estado ao cidadão), os partidos são os responsáveis pela mediação entre o cidadão e o parlamentar, que exerce sua função representativa dentro dos limites estabelecidos pelo partido. Aqui se opera a lógica do mandato partidário, em que a representação ultrapassa a função do representante e o eleitor deposita a "sua confiança e a sua capacidade de decisão ao partido como organização, e não aos candidatos apresentados por ele".[64]

---

60 SÁEZ, Manuel Alcantara; FREIDENBERG, Flavia. Partidos políticos na América Latina. *Opinião Pública*, Campinas, v. 8, n. 2, p. 137-157, out. 2002. p. 139.

61 SÁEZ, Manuel Alcantara; FREIDENBERG, Flavia. Partidos políticos na América Latina. *Opinião Pública*, Campinas, v. 8, n. 2, p. 137-157, out. 2002. p. 138.

62 GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 82-83.

63 MEZZAROBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. *Sequência*, Florianópolis, v. 22, n. 43, p. 29-44, 2001. p. 32.

64 Todavia, é importante destacar que no Brasil o voto "é centrado no candidato e que os partidos políticos ocupam posição secundária na disputa eleitoral legislativa" (BOLOGNESI, Bruno; HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; JUNCKES, Ivan Jairo; ROEDER, Karolina Mattos. Como os partidos distribuem o dinheiro: estrutura organizacional e recursos eleitorais em 2014 no Brasil. *Colômbia Internacional*, v. 104, p. 33-62, 2020).

Faz-se necessário destacar que, numa democracia de partidos, as decisões são construídas no interior das agremiações antes de chegar ao debate legislativo, ou seja, a democracia de partidos promove o descolamento do centro de decisões políticas, que passa das assembleias legislativas para o interior dos partidos.[65] Com o deslocamento de competência, ocorre também uma maior pressão para que estes ambientes internos sejam mais democráticos, vez que é na estrutura interna que são definidos os posicionamentos adotados em relação às políticas debatidas no Legislativo. É por isto que Canotilho[66] afirma que, para grande parte dos autores, "a democracia de partidos postula a democracia nos partidos".

2.1 Apontamentos sobre os modelos de partido

Como explica Panebianco,[67] o partido político não é um objeto que existe em apartado da sociedade, nem mesmo "um mecanismo que, uma vez construído e posto em movimento, continua a funcionar sempre do mesmo modo". Pelo contrário, um partido político "é uma estrutura em movimento que sofre evoluções, que se modifica no tempo e que reage às mudanças externas, à modificação dos "ambientes" nos quais está inserido e atua". Estas transformações e adaptações impactam características basilares das agremiações políticas, e, visando compreendê-las e classificá-las, cientistas políticos estudam e propõem há mais de um século diferentes modelos e tipologias de partidos.[68]

Estas classificações são tentativas de enquadrar o comportamento e as características organizacionais em determinados rótulos, que indicam o modo como estas instituições se relacionam com o eleitorado, o Estado, o governo e os demais atores políticos.[69] Entre as tipologias propostas, destacam-se os trabalhos clássicos de Duverger,[70] que, na obra *Os partidos políticos*, de 1951, elabora uma divisão entre partidos de quadros e partidos de massa; Kirchheimer,[71] que em

[65] MEZZAROBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. *Sequência*, Florianópolis, v. 22, n. 43, p. 29-44, 2001. p. 34.

[66] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 318.

[67] PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 91.

[68] GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. p. 8. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021.

[69] Uma classificação dos partidos políticos pode adotar inúmeros critérios. Entre eles se destacam as divisões conforme a origem, a organização interna e os objetivos (função).

[70] DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

[71] KIRCHHEIMER, Otto. The Transformation of the Western European Party Systems. *In*: LAPALOMBARA, Joseph; WEINER, Myron (Ed.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: PUP, 1966. p. 177-200.

seu artigo *The Transformation of the Western European Party Systems*, publicado em 1966, identifica e nomeia o modelo *catch-all*, e Panebianco,[72] que em 1982, na obra *Modelos de partido*, faz importantes contribuições ao estudo do partido *catch-all*, por ele nomeado de partido profissional eleitoral. Mais recentemente, ganha destaque na ciência política o modelo do partido cartel, proposto por Katz e Mair[73] no artigo *Changing Models of Party Organization and Party Democracy: The Emergence of the Cartel Party*, publicado em 1995.

Para Gunther e Diamond,[74] os trabalhos clássicos listados acima não são suficientes para conceber a pluralidade dos partidos na atualidade. Os autores afirmam que a maioria destas tipologias foram desenvolvidas ante a observação de organizações partidárias da Europa ocidental, ou seja, dentro de um limite geográfico, não podendo ser aplicadas indiscriminadamente para a análise de partidos em outras partes do mundo.[75] Da mesma forma, argumentam que tipologias mais antigas, como a de Duverger,[76] não dão conta de descrever os modelos partidários contemporâneos, haja vista as inúmeras diferenças[77] na forma como hoje as agremiações se relacionam com a sociedade e o Estado.

Todavia, o uso da literatura clássica para este breve desenvolvimento se justifica na medida em que o objetivo estabelecido, longe de esgotar o assunto, é o de apresentar o processo de evolução dos modelos partidários, elencando suas principais características. Assim, mesmo havendo na literatura política propostas

---

72 PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

73 KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party. *Party Politics*, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995.

74 GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. p. 9. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021.

75 Inclusive, ao tratar da aplicação das tipologias partidárias ao contexto da América Latina, Mayer afirma que "é preciso que tenhamos cuidado, para não utilizarmos as ferramentas teóricas desenhadas para o exame de outras regiões e não cair na armadilha de classificá-los somente a partir destes critérios. Ao tomar os partidos de massas e seus sucessores – catch-all e cartel – como um modelo a ser seguido, a literatura realiza uma transposição que pode levar a uma interpretação distante da realidade latina. É fundamental então levar em consideração que, devido à natureza acidentada das democracias da região, é natural que seja raro encontrar exemplares de desenvolvimento linear de acordo com o modelo tradicional dos tipos partidários" (MAYER, Rodrigo. *Padrões de organizações partidárias*: 42 partidos políticos latino-americanos em perspectiva comparada. 296 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017).

76 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

77 A televisão, por exemplo, reduziu a importância da ideologia e do programa, além de ter substituído a filiação como "veículo de mobilização eleitoral" e fortalecido as "figuras pessoais das lideranças partidárias" (GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. p. 9. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021).

de tipologias mais recentes,[78] como exemplo, de Hopkin e Paolucci,[79] Wolinetz,[80] Gunther e Diamond,[81] Van Biezen[82] e Carty,[83] para traçar uma breve visão histórica dos modelos partidários, serão apresentados o partido de quadros, de massa, *catch-all* e cartel. De modo geral, estas tipologias podem ser observadas como estágios de evolução institucional, não no sentido de aprimoramento, mas de alteração no modo como as agremiações se relacionam com o ambiente no qual estão envoltas.

A tipologia construída por Duverger, como explica Amaral,[84] baseia-se na combinação de critérios organizacionais, históricos e ideológicos. Destacam-se em sua teoria a caracterização tanto do partido de quadros como do partido de massas. Como explica Mayer,[85] a grande diferença entre estes modelos está na gênese. Enquanto o partido de massas se origina na sociedade, dentro de sindicatos, movimentos sociais e igrejas, o partido de quadros nasce no interior dos organismos políticos, pela articulação de parlamentares.

O partido de quadros exerceu maior influência política de meados do século XIX até o início do século XX. Como explica Duverger,[86] entre suas principais características, destacam-se: (1) o ínfimo contato com a sociedade; (2) o financiamento extremamente concentrado em pequenos grupos; (3) a fragilidade institucional e organizacional, vez que se mobilizavam apenas durante a época eleitoral, desaparecendo

[78] As novas propostas não passam imunes às críticas. Para Gunther e Diamond, estas tipologias "foram embasadas em uma grande variedade de critérios, e pouco ou nenhum esforço foi feito na tentativa de torná-los mais consistentes e compatíveis entre si. Essas inconsistências, assim como a falta de precisão na definição de certos tipos de partido, prejudicou a pesquisa nessa área, reduzindo-a ao desenvolvimento cumulativo de teorias. Algumas tipologias partem de critérios funcionalistas, nos quais as agremiações se diferenciam por uma *raison d'être* organizacional ou algum objetivo específico buscado" (GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. p. 10. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021).

[79] HOPKIN, Jonathan; PAOLUCCI, Caterina. The business firm model of party organisation: Cases from Spain and Italy. European Journal of Political Research. vol. 35, n. 3, pág. 307-339. 1999. 2

[80] WOLINETZ, Steven. Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies. *In*: GUNTHER, Richard; MONTERO, Jose; LINZ, Juan. *Political parties*: old concepts, new challenges. Oxford: OUP, 2002. p. 136-165.

[81] GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021.

[82] VAN BIEZEN, Ingrid. Political Parties as Public Utilities. *Party Politics*, v. 10, n. 6, p. 701-722, 2004. DOI: https://doi.org/10.1177/1354068804046914.

[83] CARTY, Kenneth. Parties as Franchise Systems: The Stratarchical Organizational Imperative. *Party Politics*, v. 10, n. 1, p. 5-24, 2004. DOI: https://doi.org/10.1177/1354068804039118.

[84] AMARAL, Oswaldo. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 11-32, 2013. p. 14. DOI: https://doi.org/10.22456/1982-5269.38429.

[85] MAYER, Rodrigo Ricardo. Tipologias partidárias: considerações sobre sua aplicação na América Latina. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 239-258, 2016. p. 243.

[86] DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 99-106.

nos demais períodos; (4) e a seleção de membros ilustres como candidatos, com o intuito de que a influência social, econômica e política destes indivíduos resultasse num maior número de votos e numa maior atração de recursos financeiros. Por este motivo, o partido de quadros também é conhecido como partido de notáveis.

O momento que representou "o ápice da aproximação entre partidos políticos e organizações da sociedade civil"[87] ocorreu na predominância dos partidos de massa, num intervalo que se estendeu do início do século XX até o fim da Segunda Guerra Mundial. Como explica Duverger,[88] o sufrágio universal teve um importante papel no fortalecimento dos partidos de massa, na medida em que estas estruturas captaram e mobilizaram os enormes contingentes de operários recém-chegados ao mundo político. Estas agremiações possuíam vínculos bem estruturados com a sociedade, mantendo sua organização fora dos períodos eleitorais para proporcionar educação política aos cidadãos. Eram os próprios membros que custeavam o funcionamento da máquina partidária, as campanhas eleitorais e os investimentos em formação política. Além disso, os partidos tinham na filiação em massa a maior arma para mobilização eleitoral.

Como explicam Gunther e Diamond,[89] o partido de massa se caracterizava por possuir "uma ampla base de membros contribuintes que permaneciam ativos nos assuntos do partido mesmo em períodos não eleitorais". Da mesma forma, visando disseminar a ideologia "e estabelecer uma base ativa de filiados, a agremiação de massa buscava penetração nas diversas esferas da vida social", como igrejas e sindicatos.

Como principais características do partido de massa, destacam-se: (1) a sua origem social; (2) a organização interna hierarquizada; (3) a ampla base de financiamento; (4) o uso da filiação como veículo de mobilização eleitoral; (5) a forte doutrinação ideológica; (6) a obediência dos parlamentares para com as determinações do partido; e (7) os inúmeros requisitos para filiação partidária.[90]

A partir da Segunda Guerra Mundial, na medida em que o partido de massa entrava em declínio na sociedade, Kirchheimer[91] percebeu que um novo modelo

---

87 AMARAL, Oswaldo. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 11-32, 2013. p. 24. DOI: https://doi.org/10.22456/1982-5269.38429.

88 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 102.

89 GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. p. 23. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021.

90 AMARAL, Oswaldo. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 11-32, 2013. p. 14. DOI: https://doi.org/10.22456/1982-5269.38429.

91 KIRCHHEIMER, Otto. The Transformation of the Western European Party Systems. *In*: LAPALOMBARA, Joseph; WEINER, Myron (Ed.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: PUP, 1966. p. 184.

de partido começava a tomar forma. Este novo modelo, nomeado pelo autor como *catch-all* (pega tudo), tem como objetivo precípuo o sucesso imediato na arena eleitoral. Para isso, o partido *catch-all* se distancia de posturas ideológicas, mais adotadas pelos partidos de massa, preferindo posturas mais genéricas, dado que o objetivo é ampliar a abrangência das propostas para conquistar uma maior "clientela" no mercado político.[92]

Como explica Amaral[93] e Panebianco,[94] as constatações de Kirchheimer[95] são opostas àquelas percebidas por Duverger.[96] O partido *catch-all* se caracteriza justamente por: (1) afastamento da defesa de uma classe específica; (2) enfraquecimento da ideologia; (3) perda de importância da militância; (4) abertura do programa para interesses diversos; e (5) fortalecimento das lideranças. Como sintetiza Wolinetz,[97] este novo modelo significou a desideologização e a submissão ao mercado político, bem como o abandono ao discurso classista e aos projetos de educação política das massas.

A mudança no perfil de atuação dos partidos políticos, como explica Mayer,[98] ocorreu principalmente pelas alterações de contexto social que influenciaram um processo de homogeneização da sociedade. Estas mudanças estão ligadas principalmente ao aumento do nível educacional, a especialização das técnicas de propaganda política, a elevação dos custos de campanha em virtude do acirramento das disputas eleitorais, e a ampliação do uso dos meios de comunicação em massa para a mobilização política, principalmente a televisão,[99] que favorece as lideranças partidárias por tornar as campanhas mais personalistas.

---

92 Conforme a teoria de Downs, o eleitor opta por eleger aqueles candidatos que representam a maximização de seus ganhos (DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 57).

93 AMARAL, Oswaldo. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 11-32, 2013. p. 15. DOI: https://doi.org/10.22456/1982-5269.38429.

94 PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 512.

95 KIRCHHEIMER, Otto. The Transformation of the Western European Party Systems. *In*: LAPALOMBARA, Joseph; WEINER, Myron (Ed.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: PUP, 1966. p. 177-200.

96 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 99-106.

97 WOLINETZ, Steven. Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies. *In*: GUNTHER, Richard; MONTERO, Jose; LINZ, Juan. *Political parties*: old concepts, new challenges. Oxford: OUP, 2002. p. 145.

98 MAYER, Rodrigo Ricardo. Tipologias partidárias: considerações sobre sua aplicação na América Latina. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 239-258, 2016. p. 244.

99 Como explica Panebianco, "A televisão, ao lado dos grupos de interesse, torna-se uma correia de transmissão mais importante entre partidos e eleitores (mesmo que, por definição, precária) do que as organizações colaterais tradicionais, os funcionários e os filiados. Funcionários e militantes ainda servem à organização, mas seu papel é completamente redimensionado pela afirmação da política televisiva" (PANEBIANCO,

Anos mais tarde, Panebianco propôs um aprimoramento à teoria de Kirchheimer, ao perceber que esta é construída no entorno de uma ideia fundamental, qual seja, a profissionalização. Como explica Rebello,[100] é com a profissionalização que organização partidária de massa é alterada, pois é a partir deste ponto que ganha destaque "o papel do especialista, do técnico capaz de garantir a vitória eleitoral", na mesma medida em que "o militante perde espaço frente ao eleitor".

O partido profissional eleitoral, como explica Panebianco,[101] tem como características (1) o fortalecimento e a centralidade do papel dos profissionais com competências especializadas; (2) a fragilidade dos laços verticais na organização e o "apelo ao eleitorado de opinião"; (3) o financiamento da máquina partidária por meio de grupos de interesses e fundos públicos; (4) o predomínio dos representantes públicos; e (5) o fortalecimento de políticos de carreira e representantes de grupos de interesse.

Ao final do século XX, Katz e Mair[102] identificaram a emergência de um novo tipo partidário, nomeado pelos autores como partido cartel. Nesse modelo ocorre o rompimento da relação entre sociedade e partido político (já fragilizada no modelo *catch-all*), que passa a atuar como uma "agência semiestatal". Conforme explicam os autores, o partido cartel se reflete na tendência dos partidos políticos de se distanciarem da sociedade em direção ao Estado. O caráter de entidade civil, meio de organização e ação da sociedade, é enfraquecido com a ideia de um partido político que se apresenta não como um braço da sociedade no Estado, mas como um braço do Estado na sociedade. O principal sintoma desta tendência é justamente o fato de os partidos políticos se encontrarem numa relação de dependência do financiamento público para a sobrevivência, sem o qual encontrariam grandes dificuldades em manter o seu funcionamento regular.

Os autores[103] argumentam que em modelos como o partido de massa ou *catch-all*, a vitória ou a derrota eleitoral afetava diretamente os objetivos políticos da agremiação, mas a sobrevivência do partido não estava ameaçada, na medida

Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 518-519).

[100] REBELLO, Maurício Michel. *Partidos e governos nas sombras*: clareza de responsabilidade, responsabilização eleitoral e sistema partidário no Brasil. 2013. 204 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 26.

[101] PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 514.

[102] KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party. *Party Politics*, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995. p. 13; MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003. p. 280-281.

[103] KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party. *Party Politics*, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995. p. 15.

em que possuía diferentes bases de apoio financeiro. No entanto, no modelo cartel, ganhar ou perder as eleições não tem um efeito muito significativo quanto aos objetivos políticos, haja vista as diferenças cada vez menores entre distintas agremiações, mas são muito mais importantes para assegurar o acesso aos recursos públicos e, consequentemente, a sobrevivência institucional.

Segundo Mair,[104] as características que melhor identificam este modelo são: (1) a interpenetração entre Estado e agremiação política; (2) a relação de dependência financeira do partido em relação aos recursos do Estado, haja vista que na maioria dos países a principal fonte de recursos das agremiações costuma ser o tesouro público; (3) a grande quantidade de normas estatais que regulamentam até mesmo o modo de funcionamento dos partidos; e (4) o fato de as agremiações se definirem cada vez mais pela ocupação de cargos públicos, por meio de amplas coligações que muitas vezes ignoram espectros ideológicos. Assim, na medida em que o partido passa a se definir cada vez mais pelos cargos que ocupa no governo, fora dele, ou seja, na sociedade, as agremiações se volatilizam. "É neste sentido que os partidos se reduzem cada vez mais aos seus líderes que ocupam cargos públicos e que os líderes partidários se tornam o mais importante *stock* de capital disponível dos partidos".

3 Democracia intrapartidária: em busca de um conceito

A estagnação da democracia no campo político e a sua consequente falta de capilaridade nas camadas da sociedade constituem, na visão de Bobbio,[105] um dos fracassos da democracia. Avalia que, hoje, a difusão da democracia social é um dos principais indicadores da democratização de uma sociedade. No passado, ao se questionar *quem* eram aqueles que possuíam direito ao voto, era possível medir a extensão dos direitos políticos em determinado país, haja vista que as barreiras censitárias e de gênero foram comuns nas democracias do século XIX e XX. No entanto, com a queda destes obstáculos até o sufrágio universal, a pergunta fundamental agora é: *onde se vota?* Ou seja, em que espaços do convívio social há lugar para decisões democráticas.

Fato é que, como resultado da ínfima expansão da democracia para além dos organismos políticos e das instituições representativas do Estado, a democracia se manteve num espaço limitado e não chegou ao seio da sociedade, não chegou

[104] MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003. p. 280-281.

[105] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 49-50.

às escolas, às empresas, às associações de moradores, e, de modo irônico, não chegou às instituições fundamentais para a existência da democracia moderna, os partidos políticos.[106]

Autores como Sartori[107] e Schumpeter,[108] no entanto, veem a democracia interna como tema marginal, que não possui impacto na configuração da macrodemocracia. Para os autores, o fundamental é a competição externa, ou seja, a competição entre diferentes partidos pelo voto dos cidadãos. Nesta visão, não importa o quão oligárquico internamente seja um partido político, pois mesmo a disputa entre organizações oligárquicas resultará em uma democracia.

O tema da democracia intrapartidária começa a receber atenção a partir dos estudos de Michels[109] sobre as tendências à oligarquização em grandes associações. Por se configurar como um instrumento de participação popular, o assunto tem despertado maior atenção, haja vista que, no atual cenário de crise política e insatisfação para com as instituições democráticas, os cidadãos anseiam por canais para exercer maior influência nos processos decisórios.[110] Como explica Scarrow, o ideal da democracia intrapartidária é promover um "círculo virtuoso ligando os cidadãos comuns ao governo, beneficiando os partidos que a adotam e, de forma mais geral, contribuindo para a estabilidade e legitimidade das democracias nas quais esses partidos competem pelo poder".[111]

Distintas correntes versam a respeito da abrangência conceitual e do modo como mensurar a democracia intrapartidária.[112] Uma gama de trabalhos que avalia aspectos da democracia interna utiliza como base de aferição indicadores distintos, alguns mais restritivos, com foco no processo de seleção de candidatos (mesmo reconhecendo a existência de outros indicadores), e outros mais amplos, nos quais a democracia intrapartidária também alcança os direitos fundamentais dos filiados, o controle sobre os dirigentes e a possibilidade de os filiados influenciarem as

[106] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. 20. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 204.

[107] SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994. p. 208.

[108] SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017. p. 366.

[109] MICHELS, Robert. *Os partidos políticos*. São Paulo: Senzala, 1978.

[110] DONOVAN, Todd; KARP, Jeffrey. Popular Support for Direct Democracy. *Party Politics*, v. 12, n. 5, p. 671-688, set. 2006. p. 672.

[111] No original: "virtuous circle linking ordinary citizens to government, benefiting the parties that adopt it, and more generally contributing to the stability and legitimacy of the democracies in which these parties compete for power" (SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 1. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021).

[112] CROSS, William P.; KATZ, Richard S. The Challenges of Intra-Party Democracy. *In*: CROSS, William P.; KATZ, Richard S. *The Challenges of Intra-Party Democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2013. p. 6.

escolhas do partido, passando pelos intermediários, em que a democracia abrange os procedimentos para definir o programa do partido, a escolha das lideranças e os candidatos aos cargos do Estado.

A análise do nível de democratização interna irá depender da definição dos requisitos mínimos para avaliar a democracia intrapartidária, e nesse sentido, como explica Freidenberg,[113] ao se definir o conceito e as dimensões, escolhe-se, do mesmo modo, qual face da democracia se deseja observar. Afinal, um partido pode ter eleições para a escolha de lideranças, mas manter centralizada numa cúpula as deliberações sobre as posições públicas, as metas e as negociações. Do mesmo modo, pode eleger os candidatos para a disputa de cargos no Estado, mas não permitir a representação em órgãos internos ou não dispor de canais institucionais que permitam a influência dos membros nas decisões políticas. Todas estas configurações poderão ser consideradas mais ou menos democráticas a depender das dimensões avaliadas e do peso a elas atribuído em cada estudo.

Justamente por essa multiplicidade de abordagens, vê-se como complexa a tarefa de estabelecer com exatidão o conceito operacional da categoria democracia intrapartidária e definir suas dimensões. Nesse sentido, é prudente advertir que o objetivo traçado não é o de fixar um entendimento específico, mas o de apresentar as interpretações mais difundidas (que de modo geral não são excludentes).

De início, para compor uma concepção de democracia intrapartidária, como explica Revez, é necessário perceber a democracia não apenas como um regime político, mas também "como uma doutrina política cujos princípios poderão ser aplicáveis a qualquer instituição ou organização: órgãos do Estado, partidos políticos, sindicatos ou empresas".[114] Freidenberg[115] segue a mesma linha, considerando que a democracia interna pressupõe que os valores[116] internalizados no sistema político democrático sejam introduzidos em nível organizacional. Desta forma, o modelo

[113] FREIDENBERG, Flavia. La democratización de los partidos políticos: entre la ilusión y el desencanto. *In*: THOMPSON, José; SÁNCHEZ, Fernando. *Fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina*: institucionalización, democratización y transparencia. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2006. p. 98-99.

[114] REVEZ, António M. O que são partidos políticos democráticos? E têm os partidos de ser democráticos? *Actas das VIII Jornadas do Departamento de Sociologia*, Lisboa, [s.d.]. p. 86.

[115] FREIDENBERG, Flavia. Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos. *Revista Derecho Electoral*, Costa Rica, n. 1, p. 1-17, 2006. p. 3. Disponível em: https://www.tse.go.cr/revista/art/1/freidenberg.pdf. Acesso em: 4 fev. 2021.

[116] "[...] como la libertad de expresión y la libertad de elección para sus miembros y, por tanto, utilizar mecanismos competitivos en el proceso de toma de decisiones, la participación del afiliado en la formación de la voluntad partidista y la existencia de canales que permitan el ejercicio efectivo del control político" (FREIDENBERG, Flavia. Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos. *Revista Derecho Electoral*, Costa Rica, n. 1, p. 1-17, 2006. p. 3. Disponível em: https://www.tse.go.cr/revista/art/1/freidenberg.pdf. Acesso em: 4 fev. 2021).

de democracia adotado como regime político num Estado poderá ser replicado por qualquer instituição, desde que adaptado às suas respectivas especificidades.

Assim, o que se entende por democracia intrapartidária necessariamente seguirá de perto uma concepção sobre a democracia, qual foi estabelecida no início deste artigo a partir da visão procedimental de Bobbio.[117] Em regra, autores acompanham a mesma linha,[118] como exemplo, Hernández,[119] que considera que o conceito gravita no entorno de temas ligados aos controles e procedimentos que impedem ações antidemocráticas, abrangendo o "quem" chega ao poder, "de que forma", e como o exerce. A autora define a democracia intrapartidária como a articulação entre instrumentos jurídicos e ações políticas que possuem como objetivo garantir que os dirigentes partidários, bem como os candidatos aos órgãos representativos do Estado sejam escolhidos pelas bases, e que os filiados tenham resguardados seus direitos fundamentais por meio de um controle de legalidade e constitucionalidade sobre a atividade do partido.

Na visão de Hernández,[120] a democracia intrapartidária vai além dos princípios tradicionais como a transparência e o acesso à informação sobre as atividades e a situação financeira da agremiação, bem como a possibilidade de os filiados ascenderem a qualquer dos cargos internos, a partir de eleições com sufrágio livre. A autora também considera fundamental que os partidos prevejam: a) instrumentos de democracia semidireta, como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular e o direito de revogação de mandatos dos dirigentes; b) a descentralização administrativa; c) a instituição de órgãos voltados ao controle democrático; d) o direito ao voto a eleitores não filiados no partido quando nas eleições para os órgãos diretivos; e) a vedação da possibilidade de o membro exercer simultaneamente

[117] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017. p. 35.

[118] Autoras como Freidenberg, que afirma ser a democracia essencialmente um procedimento para chegar a decisões, e Scarrow, que a caracterizada como um conjunto de métodos que visam à inclusão no processo decisório, reforçam o caráter instrumental (FREIDENBERG, Flavia. La democratización de los partidos políticos: entre la ilusión y el desencanto. *In*: THOMPSON, José; SÁNCHEZ, Fernando. *Fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina*: institucionalización, democratización y transparencia. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2006. p. 99; SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 3. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021).

[119] DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. Democracia interna: una asignatura pendiente para los partidos políticos en México *In*: DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. *Partidos Políticos*: Democracia Interna y Financiamento de Precampaflas: Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002. p. 134-135.

[120] DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. Democracia interna: una asignatura pendiente para los partidos políticos en México *In*: DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. *Partidos Políticos*: Democracia Interna y Financiamento de Precampaflas: Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002. p. 8-9.

mais de um cargo na estrutura do partido ou do Estado; f) a filiação aberta; g) a obrigatoriedade de procedimentos que observem os direitos de ampla defesa e as garantias processuais para expulsão de filiados; h) o respeito às minorias; e i) a publicidade dos recursos recebidos pelo partido.

Por outro lado, na visão de Freidenberg,[121] a democracia intrapartidária é um procedimento para chegar a decisões políticas em que se garante a participação dos filiados a partir de mecanismos competitivos. Este conceito pode ser aplicado para verificar o grau de democratização em cada um dos critérios tidos como relevantes, como exemplo, as posições públicas assumidas, a escolha de candidatos e das lideranças, bem como a prestação de contas. A aferição não deve se pautar somente na existência do procedimento, mas também avaliar a sua qualidade, que por sua vez poderá ser aferida a partir de três fatores, são eles: (1) competência, ou seja, a possibilidade de escolha entre diferentes propostas ou candidatos; (2) competitividade, que se manifesta pela rivalidade entre competidores; e (3) incerteza quanto ao resultado do processo de tomada de decisão.[122]

Mesmo não vinculando um rol fixo de requisitos para a existência de uma democracia interna, a autora considera importante que os partidos: a) selecionem os candidatos e lideranças por meios competitivos e includentes; b) criem canais para que a base de filiados possa exercer influência sobre o programa e as decisões do partido; c) observem o princípio da maioria para tomada de decisões; d) instituam procedimentos que assegurem o controle dos filiados sobre os dirigentes; e) respeitem os direitos fundamentais dos filiados, garantindo a igualdade e liberdade de opinião; f) promovam a participação nos órgãos do governo dos distintos membros e grupos que compõem o partido; e g) assegurem a distribuição equilibrada de competências entre comitês e assembleias locais e regionais.[123]

De modo semelhante, Scarrow[124] considera que a democracia intrapartidária é um conjunto de métodos destinados a incluir membros do partido no processo de tomada de decisão. Em outras palavras, a democracia interna seria uma articulação

[121] FREIDENBERG, Flavia. ¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de redefinición conceptual. *In*: REYNOSO NÚÑEZ, José. *La democracia en su contexto*. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2019. p. 287.

[122] FREIDENBERG, Flavia. ¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de redefinición conceptual. *In*: REYNOSO NÚÑEZ, José. *La democracia en su contexto*. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2019. p. 299.

[123] FREIDENBERG, Flavia. ¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de redefinición conceptual. *In*: REYNOSO NÚÑEZ, José. *La democracia en su contexto*. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2019. p. 296.

[124] SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p.

de procedimentos em que os filiados exercem poder de influência sobre as decisões internas mais importantes. Tais decisões, que se constituem como dimensões de análise da democratização interna, estão relacionadas às posições políticas adotadas publicamente e à escolha dos candidatos e das lideranças do partido.[125]

Explica ainda que dois critérios auxiliam a avaliar a extensão da democracia intrapartidária, são eles a *inclusão* e a *centralização*. A *inclusão* está ligada a "quem" são aqueles que participam dos processos decisórios. Quanto mais amplo for o número de membros capazes de tomar parte nas decisões, maior será a inclusão do partido. O contrário também é verdade, quanto mais restritivas forem as regras que regulam os habilitados a participar dos processos decisórios, mais excludente é o partido. Partidos excludentes tendem a confiar no líder ou em pequenos grupos de lideranças as decisões mais importantes, enquanto os inclusivos distribuem essa função a todos os membros.

A *centralização* se refere a quantos são os centros de decisão. Nos partidos centralizados as diretorias executivas costumam se reunir mais vezes para deliberar sobre questões internas, sendo essas decisões aplicadas de modo uniforme em todos os níveis do partido. Já nas agremiações políticas descentralizadas, as executivas têm função mais voltada à coordenação das diferentes instâncias (nacional, regional e local), sem uma pressão descendente que parte da executiva nacional para os outros níveis.[126] Normalmente os partidos excludentes são também mais centralizados, entretanto, o contrário nem sempre é verdade. Isso, pois, um partido poderá continuar sendo centralizado, mas adotar procedimentos inclusivos. Exemplo disto pode ser notado quando as decisões tomadas por assembleias nacionais inclusivas se aplicam a todos os níveis do partido, determinando os candidatos e lideranças regionais e locais.

Do mesmo modo, nem todo o partido descentralizado será includente, haja vista que poderá configurar-se como um partido estratárquico[127] (de estratos). Mais comum em países que adotam a forma de Estado federativo, há uma repartição da

3. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

125 SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 7. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

126 SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 6. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

127 Conforme explica Scarrow, partidos estratárquicos (divididos em estratos) costumam ser mais vistos em países que adotam a forma de Estado federativo, havendo grande controle das elites locais sobre as divisões sem aumento da inclusão, ou seja, são excludentes e descentralizados (SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA,

competência para tomada de decisões relevantes entre os níveis nacional, regional e local, todavia o poder decisório se mantém nas diretorias executivas desses estratos (sempre sob o controle das elites), sem possibilidade de participação dos filiados. Nesses casos, há um aumento no número dos centros de decisão, contudo, sem elevar a taxa de inclusão, configurando-se, portanto, como partidos descentralizados e excludentes.

Considerações finais

Ante o exposto, um ponto de conexão universal nos estudos analisados é a dificuldade de definir o que importa no momento de avaliar a democratização de um partido político, havendo correntes que advogam por visões mais amplas e outras mais restritivas. Autoras como Hernandez, por exemplo, estipulam um rol de requisitos que, quando alcançados, configuram ou dão maior grau de democracia interna ao partido, outras, como Freidenberg e Scarrow, estabelecem um conceito fixo aplicável aos diferentes procedimentos internos.

Em todo caso, é possível afirmar que a democracia intrapartidária se constrói com a participação dos filiados nas decisões internas mais relevantes à agremiação política. Isso não quer dizer, no entanto, que a democracia intrapartidária se aproxime de uma democracia direta em nível interno, mas significa que, necessariamente, a composição dos órgãos internos deverá ocorrer através de processos que garantam a participação e a escolha dos filiados em igualdade de condições, *sendo as lideranças responsivas as bases do partido*.

Conforme o objetivo proposto, qual seja, apresentar diferentes concepções de democracia intrapartidária de modo a aproximar-se do seu conceito operacional, notou-se que um conceito de democracia intrapartidária não poderia estar distante de um conceito de democracia. A literatura analisada converge em conceber a democracia intrapartidária essencialmente como um procedimento para chegar a decisões em nível interno. De maneira geral, entende-se que em partidos mais democráticos os filiados possuem poder para influenciar o programa e as posições públicas da agremiação, bem como eleger, a partir de mecanismos competitivos, os candidatos aos cargos do Estado e as lideranças internas.

Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. p. 6. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021).

Referências

AMARAL, Oswaldo. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 11-32, 2013. DOI: https://doi.org/10.22456/1982-5269.38429.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: fragmentos de um dicionário político. 20. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro/São Paulo: Terra e Paz, 2017.

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

BOLOGNESI, Bruno; HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; JUNCKES, Ivan Jairo; ROEDER, Karolina Mattos. Como os partidos distribuem o dinheiro: estrutura organizacional e recursos eleitorais em 2014 no Brasil. *Colômbia Internacional*, v. 104, p. 33-62, 2020.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; AMARAL, Oswaldo E. do. Implicações do processo de seleção de candidatos na competição partidária: o caso brasileiro. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 21, n. 46, p. 33-43, jun. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTY, Kenneth. Parties as Franchise Systems: The Stratarchical Organizational Imperative. *Party Politics*, v. 10, n. 1, p. 5-24, 2004. DOI: https://doi.org/10.1177/1354068804039118.

CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia nº 184 de 6 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf.

COSTA, Daniel Castro Gomes da. *Partidos políticos e compliance*. Instituição de programa de integridade como forma de legitimar as atividades partidárias e consolidar a democracia representativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CROSS, William P.; KATZ, Richard S. The Challenges of Intra-Party Democracy. *In*: CROSS, William P.; KATZ, Richard S. *The Challenges of Intra-Party Democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2013.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 2015.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. Democracia interna: una asignatura pendiente para los partidos políticos en México *In*: DEL PILAR HERNÁNDEZ, Maria. *Partidos Políticos*: Democracia Interna y Financiamento de Precampaflas: Memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002. p. 127-144.

DONOVAN, Todd; KARP, Jeffrey. Popular Support for Direct Democracy. *Party Politics*, v. 12, n. 5, p. 671-688, set. 2006.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FREIDENBERG, Flavia. ¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de redefinición conceptual. *In*: REYNOSO NÚÑEZ, José. *La democracia en su contexto*. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2019.

FREIDENBERG, Flavia. Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos. *Revista Derecho Electoral*, Costa Rica, n. 1, p. 1-17, 2006. Disponível em: https://www.tse.go.cr/revista/art/1/freidenberg.pdf. Acesso em: 4 fev. 2021.

FREIDENBERG, Flavia. La democratización de los partidos políticos: entre la ilusión y el desencanto. *In*: THOMPSON, José; SÁNCHEZ, Fernando. *Fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina*: institucionalización, democratización y transparencia. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUARNIERI, Fernando Henrique Eduardo. Democracia intrapartidária e reforma política. *Revista Parlamento e Sociedade*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 85-108, jul./dez. 2015.

GUNTHER, Richard; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 7-51, 2015. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42809/25967. Acesso em: 28 fev. 2021.

HODGSON, Geoffrey. M. ¿Qué son las instituciones? *Revista CS*, Cali, v. 7, n. 8, p. 17-53, jul. 2011.

HOPKIN, Jonathan; PAOLUCCI, Caterina. The business firm model of party organisation: Cases from Spain and Italy. *European Journal of Political Research*, v. 35, n. 3, p. 307-339, 1999. DOI: https://doi.org/10.1023/A:1006903925012.

KATZ, Richard S.; MAIR, Peter. Changing models of party organization and party democracy: the emergence of the cartel party. *Party Politics*, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1995.

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

KIRCHHEIMER, Otto. The Transformation of the Western European Party Systems. *In*: LAPALOMBARA, Joseph; WEINER, Myron (Ed.). *Political Parties and Political Development*. Princeton: PUP, 1966.

KOLLMAN, Ken. *The American political system*. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2014.

LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACPHERSON, Crawford B. *A democracia liberal*: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 38, n. 167, p. 277-293, 2003.

MAYER, Rodrigo Ricardo. Tipologias partidárias: considerações sobre sua aplicação na América Latina. *Paraná Eleitoral: Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 239-258, 2016.

MAYER, Rodrigo. *Padrões de organizações partidárias*: 42 partidos políticos latino-americanos em perspectiva comparada. 296 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

MEZZAROBA, Orides. A democracia, os partidos políticos e o Estado. *Sequência*, Florianópolis, v. 22, n. 43, p. 29-44, 2001.

MICHELS, Robert. *Os partidos políticos*. São Paulo: Senzala, 1978.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, 2008.

NICOLAU, Jairo. Burocráticos, partidos vivem à sombra do Estado e dificultam renovação. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 nov. 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/11/burocraticos-partidos-vivem-a-sombra-do-estado-e-dificultam-renovacao.shtml. Acesso em: 12 nov. 2020.

PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido*. Organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

REBELLO, Maurício Michel. *Partidos e governos nas sombras*: clareza de responsabilidade, responsabilização eleitoral e sistema partidário no Brasil. 2013. 204 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

REVEZ, António M. O que são partidos políticos democráticos? E têm os partidos de ser democráticos? *Actas das VIII Jornadas do Departamento de Sociologia*, Lisboa, [s.d.].

SÁEZ, Manuel Alcantara; FREIDENBERG, Flavia. Partidos políticos na América Latina. *Opinião Pública*, Campinas, v. 8, n. 2, p. 137-157, out. 2002.

SALGADO, Eneida Desiree. Intra-party democracy index: a measure model from Brazil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 107-136, jan./abr. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree; HUALDE, Alejandro Pérez. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 15, n. 60, p. 63-83, 2015.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

SCARROW, Susan. *Political parties and democracy in theoretical and practical perspectives*: implementing intra-party democracy. USA, Washington: The National Democratic Institute for International Affairs, 2005. Disponível em: https://www.ndi.org/sites/default/files/1951_polpart_scarrow_110105_5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. São Paulo: Editora da UNESP, 2017.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Estatísticas do eleitorado*. 2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/filiados. Acesso em: 15 fev. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Partidos em formação*. 2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao. Acesso em: 15 fev. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Partidos políticos registrados no TSE*. 2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos. Acesso em: 15 fev. 2021.

VAN BIEZEN, Ingrid. Political Parties as Public Utilities. *Party Politics*, v. 10, n. 6, p. 701-722, 2004. DOI: https://doi.org/10.1177/1354068804046914.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WOLINETZ, Steven. Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies. *In*: GUNTHER, Richard; MONTERO, Jose; LINZ, Juan. *Political parties*: old concepts, new challenges. Oxford: OUP, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VEQUI, Matheus José; DEMARCHI, Clovis; OSPINA, Juan Felipe Orozco. Os partidos políticos e a democracia: uma aproximação ao conceito de democracia intrapartidária. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 21-50, jul./dez. 2023.

Submissão: 03.09.2021
Pareceres: 08.03.2022 e 18.09.2022
Aceite: 25.05.2023

O DIREITO A UM MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO – JUSTIFICAÇÃO JURÍDICO-FILOSÓFICA E ASPECTOS DO DIREITO COMPARADO[1]

Stephan Kirste

Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade de Salzburg, Áustria. *E-mail*: stephan.kirste@sbg.ac.at.

Ingo Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre. *E-mail*: iwsarlet@gmail.com.

Resumo: O artigo a seguir pretende contribuir para a fundamentação do direito a um mínimo existencial digno por meio de pesquisas na área da história das ideias e do direito comparado. No contexto dessas justificações, a dignidade humana adquire uma função de justificação material, uma função qualificadora de garantia do mínimo existencial como direito subjetivo e uma função quantificadora, a qual determina o alcance dos subsídios correspondentes. A evolução do direito a um mínimo existencial digno se desenvolveu, no século XIX, tanto a partir de esboços de Kant quanto de Hegel. Embora no início houvesse dominado uma dimensão defensiva, foram justificados também, num momento posterior, aspectos ligados a esses subsídios sob a ótica da dignidade humana. A evolução do direito na literatura jurídica e na jurisprudência da Alemanha após a II Guerra Mundial passou a se modelar para justificações do direito a um mínimo existencial digno também em outros sistemas jurídicos europeus e não europeus. Continua-se discutindo a questão de se o direito a um mínimo existencial digno seria o cerne ou a essência de outros sistemas de direito social ou se ele possui um conteúdo regulador próprio. Dessa forma, as pesquisas na área da filosofia do direito e do direito comparado podem auxiliar a melhor compreender por que o direito a um mínimo existencial digno não significa somente um dever do Estado, e sim que ele tem de ser um direito subjetivo que subsista de forma autônoma diante de outros direitos sociais.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Dignidade humana. Direito comparado.

[1] KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo. Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum: Rechtsphilosophische Begründung und rechtsvergleichende Aspekte. *Der Staat*, Berlin, v. 62, n. 1, p. 27–70, 2023. Tradução por: Erica Ziegler. Graduação em Letras Português-Alemão Licenciatura Plena pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialização em Aspectos Didáticos e Metodológicos do Alemão pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestra e Doutora em Teologia pela Escola Superior de Teologia. Revisão da tradução por: Hannah Pereira Alff. Doutoranda e Mestre em Direito na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ambos com bolsa CAPES/PROEX. Bolsista de Doutorado na modalidade sanduíche do programa CAPES-PrInt na Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria. Bacharela em Direito pela Escola de Direito da PUCRS, com período sanduíche na Eberhard Karls Universität Tübingen, Alemanha. Professora dos Programas de Pós-Graduação Lato Sensu da PUCRS. Advogada inscrita na OAB/RS.

Abstract: The following article intends to contribute to the foundations of the right to a social minimum for a dignified existence by means of studies in the history of ideas and comparative law. Within these foundations, human dignity has a substantive function of justification, a qualifying function of securing the subsistence minimum as a fundamental right, and a quantifying function that determines the scope of the corresponding benefits. The development of the right to a social minimum for a dignified existence evolved in the 19th century from both Kantian and Hegelian approaches. While the focus was initially on a negative dimension of a duty of the state, not to interfere with this minimum, later, positive aspects of an individual right to services were also based on human dignity. The development of the right in legal literature and jurisprudence in Germany after World War II then became exemplary for justifications of right to a social minimum for a dignified existence in other European and non-European legal systems as well. It is still debated whether the right to a minimum subsistence level in human dignity constitutes the core or essence of other social rights or whether it has an independent regulatory content. The philosophical and comparative legal studies can thus help to better understand why the right to a social minimum for a dignified existence does not only mean a state duty but must be a subjective right that exists independently of other social rights.

Keywords: Social minimum. Human dignity. Comparative law.

Sumário: **I** Introdução – **II** Sobre a justificação da filosofia do direito acerca do direito a um mínimo existencial digno – **III** A justificação do direito a um mínimo existencial digno no direito positivo – **IV** Um olhar comparativo sobre outras garantias constitucionais do direito a um mínimo digno de subsistência – **V** Resumo – Referências

Contents: **I** Introduction – **II** On the Justification of the Philosophy of Law Regarding the Right to a Dignified Existential Minimum – **III** The Justification of the Right to a Dignified Existential Minimum in Positive Law – **IV** A Comparative Look at Other Constitutional Guarantees of the Right to a Decent Minimum Subsistence – **V** Summary – References

I Introdução

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Tribunal Federal Administrativo parecem atribuir à dignidade humana, tal como está contida no direito fundamental a um mínimo existencial digno, uma função sobretudo subjetivante dos benefícios sociais contidos no princípio do Estado social. Porém, uma olhada na história das ideias e na jurisprudência comparada vai evidenciar que é possível privar a dignidade humana até mesmo de aspectos essenciais da segurança dos meios de subsistência. Aí se mostra que, com relação ao mínimo existencial, compete-lhe uma função justificadora, uma qualificadora e uma quantificadora. *Em primeiro lugar*, a dignidade humana justifica este direito materialmente. *Em segundo lugar*, em sua função qualificadora ela individualiza o princípio do Estado social na direção de um direito individual e pode, também, elevar determinado grupo de direitos sociais ao nível dos direitos humanos.[2] Uma vez que a dignidade humana possui, além disso,

[2] Ver também WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums: Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. *Juristen Zeitung*, ano 63, n. 4, p. 157-168, 2008. p. 157-159.

uma dimensão justificadora de *status* negativa, positiva e ativa,[3] também o direito a um mínimo existencial digno tem ao menos uma dimensão negativa e outra positiva, na medida em que intervenções do Estado no que é necessário para viver podem ser rejeitadas e, conforme o caso, pode-se exigir benefícios para o custeio dos meios de subsistência. No decorrer da história das ideias e, em parte, também na teoria jurídica e da jurisprudência se formou, de início, a dimensão negativa e, mais tarde, a positiva. Por isso também se mostrará neste ensaio que, ao contrário do que às vezes se supõe, não há, de forma alguma, outro conceito interligado com o direito a um mínimo existencial digno que não o da dignidade humana enquanto fim em si.[4] *Em terceiro lugar*, a dignidade humana no contexto de possíveis benefícios estatais exige somente aqueles que são necessários para uma existência humana digna. Só isso já demonstra: o direito a um mínimo existencial social é apenas um entre diversos direitos sociais. A princípio, nem todos os direitos sociais no nível dos direitos fundamentais estão assegurados, e vai ficando claro que nem todos podem ser justificados por meio da dignidade humana.

Para desenvolver estas teses, faremos, de início, algumas reflexões no contexto da filosofia do direito sobre a dignidade e a justificação de um direito a um mínimo existencial digno (II). Com frequência, a fundamentação desse direito por meio da história das ideias acontece, antes, numa perspectiva econômica, social e a partir da lei dos pobres.[5] Aqui, no entanto, tomar-se-á a dimensão sociojurídica da dignidade humana como ponto de partida para demonstrar que o potencial jurídico da dignidade humana não tem de resultar apenas da sua combinação com o princípio do Estado

---

3 KIRSTE, Stephan. Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *In:* JOERDEN, Jan C.; HILGENDORF, Eric; THIELE, Felix (Org.). *Menschenwürde und Medizin*: Ein interdisziplinäres Handbuch, Berlim: Duncker & Humblot, 2013. p. 241 (252 ss.); HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. *In:* ISENSEE, Joseph; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Muller, 2004. §22, nota de rodapé 72 ss.; DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In:* DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I. nota de rodapé 137 ss.; KAPUST, Antje. Achtung. *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013. p. 198 f.; DREIER, Horst. Achtung und Schutz. *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013. p. 329 ss; KIRSTE, Stephan. Menschenwürde und Freiheitsrechte des Status Activus. Renaissancehumanismus und gegenwärtige Verfassungsdiskussion. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KIRSTE, Stephan; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Des Menschen Würde*: entdeckt oder erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008. p. 187-208.

4 Neste sentido: VON DER PFORDTEN, Dietmar. *Menschenwürde*. Munique: C.H. Beck, 2016. p. 66 ss.; BALDUS, Manfred. *Kämpfe um die Menschenwürde*. Berlim: Suhrkamp, 2016. p. 236; NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n. 52, p. 426-432, 1995. p. 426-427, assume um dualismo entre uma concepção de direito defensivo da dignidade e uma concepção da dignidade como uma boa vida que está enraizada no princípio do estado social de bem-estar.

5 VON ARNAULD, Andreas. Das Existenzminimum. *In:* VON ARNAULD, Andreas; MUSIL, Andreas (Org.). *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*. v. VIII. Tubinga: Mohr Siebeck, 2009. p. 251 e 253 ss; LEWIN, Ludwig. *Theorie des Existenzminimum*. 1913. p. 5 ss.; NEUMANN (nota de rodapé 3). p. 425 (427); SCHNAPP, Friedrich. BVerwGE 1, 159: Magna Charta des Anspruchs auf das Existenzminimum?. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, ano 19, n. 3, p. 136-138, 2010. p. 137 ss.; WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 158, que menciona Kant.

social. Uma parte jurídico-constitucional comprova a sua importância, segundo a dogmática alemã, para o direito a um mínimo existencial digno (III). Exemplos de países influenciados pela dogmática alemã de dignidade, sobretudo o Brasil, a Colômbia, o Peru, Portugal e a África do Sul, ilustram essa situação (III). Trata-se de países emergentes, nos quais os direitos sociais têm um papel significativo.

Justamente a parte comparativa se defronta com o problema de uma multiplicidade de conceitos usados na literatura, na jurisprudência e na legislação (convenções internacionais, constituições, direito estatutário) – mínimo social, mínimo existencial, mínimo para uma existência humana digna, "mínimo vital" etc. Embora estes conceitos nem sempre tenham o mesmo significado, é suficiente para os objetivos deste ensaio o fato de que todos estejam intimamente ligados à dignidade humana. Por isso, utilizamos o conceito "direito a um mínimo existencial digno" para aquele mínimo de subsídios legais e factuais que garantam a concretização da dignidade do indivíduo, na medida em que a legislação ou a jurisprudência nos países citados não expressem este significado por meio de outros termos.

II Sobre a justificação da filosofia do direito acerca do direito a um mínimo existencial digno

A proteção legal de uma vida digna não exige apenas que o indivíduo seja respeitado como sujeito legal, mas também que se lhe garanta o direito a um mínimo social na forma de benefícios estatais para o exercício de seus direitos e a participação da vida em sociedade.

II.1 A dignidade humana como direito ao reconhecimento da pessoa como pessoa jurídica

Enquanto alguns autores consideram o direito à segurança ou o direito à subsistência como o direito mais básico numa perspectiva moral,[6] ao se falar dos direitos humanos positivos, ou direitos fundamentais, será necessário, contudo, considerar o direito de ter direitos como sendo ainda mais básico.[7] Ainda mais fundamental do que a maioria dos "direitos contra [...]" (direitos negativos, direitos

[6] SHUE, Henry. *Basic rights*: Subsistence, affluence, and U.S. foreign policy. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 13.

[7] ARENDT, Hannah. *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*: Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft. Munique: Piper, 1986. p. 613: "Der Verlust der Menschenrechte findet nicht dann statt, wenn dieses oder jenes Recht, das gewöhnlich unter die Menschenrechte gezählt wird, verlorengeht, sondern nur wenn der Mensch den Standort in der Welt verliert, durch den allein er überhaupt Rechte haben kann und der die Bedingung dafür bildet, daß seine Meinungen Gewicht haben und seine Handlungen von Belang sind".

de liberdade) ou "direitos a [...]" (direitos positivos, direitos de demanda) é o "direito a ter direitos".[8] E uma vez que ter direitos significa capacidade jurídica, o direito à capacidade jurídica é mais fundamental do que todos os outros direitos.[9] Sem capacidade jurídica não se pode ter direitos. Ora, todo direito fundamental reconhece ao mesmo tempo a capacidade jurídica da pessoa a quem se o concede. Mas a decisão sobre a quem ele é concedido depende do legislador. É certo que os direitos humanos pressupõem que toda pessoa seja dotada de personalidade jurídica e, por isso, os direitos humanos tenham de ser concedidos a todos. Mas esta suposição foi colocada em questão, ao menos, por muitos regimes totalitários.[10] Por isso, o direito de cada ser humano de ser reconhecido como pessoa jurídica se faz obrigatório, mesmo sendo um direito humano.

Os direitos significam liberdade juridicamente reconhecida para o indivíduo.[11] Por meio dos direitos, a pessoa pode se tornar por si mesma aquilo que ela quer ser, com a reivindicação de reconhecimento por outros sujeitos legais, e ela pode, em seu agir, ser um fim em si mesma.[12] Esse é o conteúdo tradicional do conceito de dignidade humana: ser fim em si mesmo, poder tornar-se o que se quiser ser. Portanto, quem tem direitos tem a dignidade que lhe é atribuída enquanto pessoa. A dignidade humana em si, compreendida como direito, dá ao indivíduo o direito reconhecido legalmente de ser sujeito jurídico e não apenas o objeto de direitos. A dignidade humana é, portanto, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica por meio da comunidade legal. Com base nesse direito, ele se encontra em relações jurídicas com outras pessoas jurídicas e com o Estado.[13]

---

8 ENDERS, Christian. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tubinga: Mohr Siebeck, 1997. p. 427 ss.; ENDERS, Christian. Artikel 1: Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtspositivität. *In:* FRIAUF, Karl Heinrich; HÖFLING, Wolfram (Org.). *Berliner Kommentar zum Grudgesetz*. Berlim: Erich Schmidt, 2021 (nota de rodapé 15). Wallerath (nota de rodapé 1), p. 157-163, já vê aqui o ponto de partida para a subjetivação do dever de proteger da dignidade da pessoa humana a um direito subjetivo de proteção. Aqui, por outro lado, a dignidade humana deve ser entendida primeiro como o direito ao reconhecimento da subjetividade jurídica, que então ocorre na dimensão concreta do direito de execução por meio da concessão de direitos protetores que asseguram a subjetividade jurídica.

9 Assim sendo: KIRSTE, Stephan. A Legal Concept of Dignity as a Foundation of Law. *In:* BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan (Org.). *Human Dignity as a Foundation of Law*: Proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2013. p. 63-68.

10 ARENDT (nota de rodapé 6), p. 614: "Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben – und dies ist gleichbedeutend damit, in einem Beziehungssystem zu leben, in dem man aufgrund von Handlungen und Meinungen beurteilt wird –, wissen wir erst, seitdem Mil- lionen von Menschen aufgetaucht sind, die dieses Recht verloren haben und zufolge der neuen globalen Organisation der Welt nicht imstande sind, es wiederzugewinnen".

11 KIRSTE (nota de rodapé 8), p. 63.

12 GRÖSCHNER, Rolf. Entwurfsvermögen, *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. W. Stuttgart: Fink UTB, 2013. p. 330 ss.

13 KIRSTE, Stephan. Die Würde des Menschen als Recht auf Anerkennung der Rechtsperson. *In:* SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenrechte*: Begründung – Universalität – Genese, p. 41-68, Berlim: Colloquia Raurica, 2017. p. 41 ss.

Se, portanto, o direito for compreendido como ordem racional de liberdade para a possibilidade de haver liberdade – o que não será possível detalhar aqui –,[14] os direitos possibilitam que o indivíduo já não se encontre numa relação de poder com outros, mas seja tratado como sujeito de relações de liberdade. A dignidade como reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo justifica, portanto, a pertença a uma ordem racional de liberdade. Sem esta dignidade juridicamente protegida, nem todas as pessoas teriam direito à pertença a essa ordem racional de liberdade. Porém, uma vez que o critério para o reconhecimento dessa dignidade é a pessoa, ela é não apenas o motivo para a liberdade jurídica, mas também para a igualdade. Todas as pessoas têm de ser reconhecidas como sujeitos jurídicos. Nesse aspecto não pode haver diferenciações ou cálculos de interesse.[15]

Com base nisso, podem-se distinguir quatro dimensões do direito à dignidade humana.[16] Em primeiro lugar, a dignidade humana protege o *status* do indivíduo a este ser reconhecido como sujeito jurídico. Citando *Georg Jellinek*,[17] pode-se denominar isto de *status subjectionis*, porque os relacionamentos humanos e a sua relação com outras pessoas jurídicas estão subordinados ao direito.[18] A dignidade humana seria desrespeitada se a pessoa não fosse tratada como sujeito jurídico em relações jurídicas, tal como os judeus e outras minorias no III Reich.

Todas as pessoas têm também um direito de defesa contra o Estado, justificado na dignidade humana, de não ser humilhadas ou degradadas por lhes ser negado o estatuto jurídico como pessoa jurídica por parte desse Estado. Quando o indivíduo é torturado, isso degrada sua personalidade jurídica, porque ele terá sido tratado apenas como meio para a alegada recolha de informações.[19] Da mesma

[14] KIRSTE, *ibidem*, p. 49.

[15] Também DREIER, Menschenwürde (nota de rodapé 2), Rn. 61; KNOLL, Manuel. Gleichheit. *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W (Org.). W*örterbuch der Würde*. 1. ed. W. Stuttgart: Fink UTB, 2013 (nota de rodapé 2), p. 157 ss.; HÄBERLE (nota de rodapé 2), Rn. 34, 92; HOFMANN, Hasso. Die Versprochene Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 118, 1993. p. 353-363.

[16] HÄBERLE (nota de rodapé 2), Rn. 72 ss.

[17] Sobre isso BRUGGER, Winfried. §8 Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Uma apreciação e atualização sobre o 100º aniversário de sua morte em 2011. *In:* BRUGGER, Winfried. *Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat*. Berlim: Duncker & Humblot, 2013. p. 237 ss.

[18] JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. 1949. p. 419: "Die Anerkennung des einzelnen als Person ist die Grundlage aller Rechtsverhältnisse". ENDERS, Christian. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tubinga: Mohr Siebeck, 1997 (nota de rodapé 7), p. 248; GRÖSCHNER, Rolf. Dialogisches Prinzip: Rechtsphilosophie. *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. W. Stuttgart: Fink UTB, 2013 (nota de rodapé 2), p. 63 ss. KIRSTE, Stephan. Vom Status Subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität. Die Status-Lehre Georg Jellineks und der normative Individualismus. *In:* VON DER PFORDTEN, Dietmar; KÄHLER, Lorenz. *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*, p. 177-203, Tubinga: Mohr Siebeck, 2014. p. 177.

[19] BRUGGER, Winfried. §12 Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?. *In:* BRUGGER, Winfried. *Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat*. Berlim: Duncker & Humblot, 2013. p. 391 ss.; DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In:* DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I (nota de rodapé 2), Rn. 131 ss.; AUGSBERG, Ino; LADEUR, Karl-

forma, o Estado iria interferir em sua dignidade se exigisse do indivíduo tributos sobre o mínimo daquilo que ele mesmo lucrou e que é necessário para garantir a sua subsistência.[20] Georg Jellinek chamou esses direitos contra o Estado de direitos no *status negativus*.

Muitas ameaças à dignidade da pessoa enquanto pessoa jurídica não partem do Estado. Ao invés, o indivíduo pode se encontrar numa situação sem saída, a qual está afetando o seu *status* como pessoa jurídica. Os direitos individuais seriam a ajuda da qual ele necessita para se libertar desse estado de pobreza, de falta de instrução e da exclusão factual das relações jurídicas com os outros.[21] No entanto, esse indivíduo pode se encontrar numa situação na qual ele sequer consegue fazer uso desses direitos. Tal situação pode surgir de maneira natural, em função de armadilhas do destino, ou ser provocada por terceiros. Em ambos os casos, os motivos para a ameaça a uma vida digna não estão em seu próprio agir. Diante dessas ameaças a uma vida digna, pelas quais o indivíduo não pode ser responsabilizado e das quais ele não consegue se libertar por meio de sua própria força, ele precisa da ajuda de terceiros para poder se relacionar juridicamente com eles como sujeito. Aqui se apela à dignidade no *status positivus*, ou seja, o direito do indivíduo a benefícios sociais, sobretudo para a proteção de sua vida digna.[22] Escravização, tráfico humano, prostituição forçada etc. são as causas mais comuns dessas situações. Esta seria uma demanda positiva ao Estado, para assegurar os benefícios necessários para uma vida como sujeito jurídico.

Por fim, a dignidade humana também é desrespeitada se, mesmo que o indivíduo participe de relações jurídicas, faça valer os seus direitos e consiga cumprir as

Heinz. *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*: Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008. p. 34 ss.

20 DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In:* DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I (nota de rodapé 2), Rn. 146.

21 São "compensações pela perda de autonomia", como WALLERATH (nota de rodapé 1) p. 157-161, escreve.

22 DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In:* DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I (nota de rodapé 2), Rn. 147. Nesta dimensão jurídica da dignidade humana, DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In:* DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I (nota de rodapé 2), p. 147, centra-se nos perigos colocados pelos particulares, mas também se refere a uma função de desempenho (*ibid.*, Rn. 155) em que não se trata apenas de deficiências causadas por pessoas, mas também por golpes do destino. Enders (ENDERS, Artikel 1: *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtspositivität* (nota de rodapé 7), Rn. 115) também acredita que "nas vicissitudes aleatórias e golpes do destino da vida cotidiana há tão pouco insulto à dignidade humana" como naquela "Falta de oportunidades reais de desenvolvimento". Crítico a isso, WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157-162: "Se se trata de compensar perturbações elementares na possibilidade de o indivíduo cobrir suas necessidades existenciais de forma que isso corresponda a dignidade humana, então pode ser que a ativação da obrigação de assumir a responsabilidade não dependa do originador da perturbação" ou que haja um "desregulador" de todo. Aquele que, por força de um acontecimento natural, se encontre num estado que ponha em perigo a sua dignidade e do qual não possa livrar-se, necessita de benefícios estatais.

suas obrigações, estas relações não forem codeterminadas por ele. Nesse caso, ele seria tratado como o objeto de uma concessão de direitos, em vez de sujeito apto à cogestão. Por isso, deriva-se de sua dignidade o direito de participar ativamente da determinação, interpretação e aplicação de seus direitos e obrigações. Esse direito inclui a participação igualitária em assuntos que afetam todos os demais e justifica, dessa forma, um direito à democracia. Tal é o significado de dignidade humana no *status activus*.[23] A diferença entre a dignidade humana no *status positivus* e no *status activus* consiste em que, no *status activus*, a pessoa pode defender a si mesma contra a ameaça à sua dignidade, agindo ativamente na aplicação de seus direitos, sendo que apenas a tutela do Estado o impediria. Em contraposição a isso, o estado positivo da dignidade humana deverá impedir o desamparo legal que o Estado deverá resolver, quando e porque o indivíduo não consegue resolvê-lo por si só.

A dignidade humana exige, portanto, que todas as pessoas (1) sejam reconhecidas como sujeitos jurídicos (*status subjectionis*), (2) não sejam degradadas pelo Estado abaixo do *status* de pessoa jurídica (*status negativus*), (3) fiquem a salvo da situação de não conseguir concretizar sua personalidade jurídica por meio do uso de direitos, se não conseguirem eximir-se por força própria dessa situação (*status positivus*), e (4) sejam respeitadas como sujeitos legalmente autodeterminantes quando da justificação, interpretação e aplicação desses direitos, sem ser tornados objeto de uma concessão institucional-paternalista de direitos ou obrigações (*status activus*).

Passando agora à justificação do direito a um mínimo existencial digno, tratar-se-á da dignidade humana no *status positivus*.

II.2 Bases da história das ideias do direito a um mínimo existencial digno como dimensão positiva da dignidade humana

Se a garantia do mínimo existencial fosse somente um dever do Estado no sentido da assistência social,[24] o indivíduo não conseguiria extrair qualquer

[23] HÄBERLE (nota de rodapé 2), Rn. 12 u. 74; KIRSTE, Stephan. Menschenwürde und Freiheitsrechte des Status Activus. Renaissancehumanismus und gegenwärtige Verfassungsdiskussion. *In:* GRÖSCHNER, Rolf; KIRSTE, Stephan; LEMBCKE, Oliver W (Org.). *Des Menschen Würde*: entdeckt oder erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Mohr Siebeck: Tubinga, 2008 (nota de rodapé 2), p. 208 ss.

[24] VON ARNAULD, Andreas. Das Existenzminimum. *In:* VON ARNAULD, Andreas; MUSIL, Andreas (Org.). *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*. v. VIII. Tubinga: Mohr Siebeck, 2009 (nota de rodapé 4), p. 253 ss.; SCHNAPP, Friedrich. BVerwGE 1, 159: Magna Charta des Anspruchs auf das Existenzminimum?. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, ano 19, n. 3, p. 136-138, 2010. p. 136 ss.; NEUMANN (nota de rodapé 3), p. 425 (427); SEILER, Christian. Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Zum

vantagem direta dessa obrigação, e sim teria apenas uma participação equitativa no auxílio vindo do Estado.

A questão de saber se, para além disso, deva-lhe ser reconhecida a demanda por uma existência digna foi e continua sendo polêmica na história das ideias. Alguns juristas apresentam a objeção de que, ao se falar de um direito a um mínimo existencial digno, não se trataria de uma dignidade diversa daquela que se fundamenta na natureza da pessoa como fim em si ou na capacidade para a reflexão sobre seus anseios.[25] Enquanto a dignidade humana seria derivada da tradição liberal da filosofia do direito, o direito a uma existência digna teria emergido da teoria socialista e econômica.[26] É certo que a prestação de serviços públicos é uma obrigação objetiva do Estado, não significando, porém, um direito subjetivo.[27] De fato, acontece aqui uma alteração de perspectiva, já descrita por Friedrich Schiller: "[...] dignidade da pessoa. Não quero mais saber disso, por favor. Dêem-lhe de comer, dêem-lhe um lugar para morar. Quando tiverem tapado a sua nudez, a dignidade se dará por si só".[28]

O direito de que se trata aqui não parece mais ser um direito *derivado da* dignidade, tal como no *status negativus*, porém seria um direito *à* dignidade. Mas é a mesma dignidade da pessoa na qual não apenas não se deve interferir, mas cuja existência também tem de ser protegida. Da dignidade segue também o direito a uma dignidade que de fato coloque o indivíduo na situação de poder fazer uso de seus direitos e, assim, existir como um ser digno e com reconhecimento jurídico.

Henry Shue defende a opinião de que o direito a um mínimo existencial seria o segundo direito fundamental elementar, ao lado do direito à segurança, embora nesse caso não se consiga distinguir entre a dimensão negativa e a positiva.[29] Em contraposição a isso, defende-se, aqui, a tese de que os tribunais constitucionais

Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. 2. 2010. *Juristen Zeitung*, ano 65, n. 10, p. 500-505, maio 2010. p. 503.

25 BALDUS (nota de rodapé 3); VON DER PFORDTEN (nota de rodapé 3); NEUMANN, Ulfrid. Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 103, n. 3, p. 287-303, 2017. p. 287-295.

26 Para a história do direito social cf. LEWIN (nota de rodapé 4), p. 6 ss. Claro, sua principal preocupação é que um salário justo assegure um "mínimo de existência": "Der einzige Sinn, den das Existenzminimum haben kann, ist ein Komplex der Lebensverhältnisse, bei denen der Mensch seine Kräfte vollständig entfalten kann, und wo keine sozialen Erscheinungen existieren, die seine Gesundheit, Energie und Arbeitsfähigkeit verringern".

27 Sobre teorias utilitaristas ver também VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 251, p. 253 ss. também sobre a diferença entre assistência social e mínimo existencial e teoria econômica e uma renda mínima (257 ss.). Exceto na teoria socialista, a dignidade humana praticamente não desempenha nenhum papel, comparar também com SCHNAPP (nota de rodapé 23), p. 136-137.

28 SCHILLER, Friedrich. *Gedichte (1789-1805)*. Berlim: Holzinger, 2014. Editado com base nas impressões originais de Gerhard Fricke e Herbert G. Göpfert em conjunto com Herbert Stubenrauch, 1. Bd., 3. ed. 1962, p. 248.

29 SHUE (nota de rodapé 5), p. 13.

pressupõem, de maneira acertada, um direito individual a um mínimo existencial, o qual tem sua origem na tese kantiana do fim em si da pessoa e em que se pode diferenciar entre uma dimensão negativa e uma positiva, mesmo que tal não tenha sido explicitamente codificado. Para apoiar essa tese, vale a pena um olhar sobre a história das ideias e, mais tarde, na jurisprudência comparada.

II.2.1 A tradição kantiana do direito original à subsistência

Ao abandonar o pressuposto eivado de preconceitos segundo o qual a filosofia do direito da Europa continental do século XIX teria sido teoria jurídica positivista, emergem discussões na área da filosofia do direito que ainda hoje podem auxiliar na justificação de princípios jurídicos. Inclui-se aí a discussão filosófica acerca dos direitos originais.[30] Estes deveriam conter as condições para a possibilidade de direitos humanos e direitos fundamentais resp. formar a base de conteúdo destes. Dessa forma, eles foram compreendidos como sendo transcendentais na concepção de Kant, substancialistas no sentido da metafísica antiga ou, progressivamente, no sentido de uma justificação sociológica mais atualizada, a partir das condições de vida.

Muitos kantianos não se importavam que o próprio *Immanuel Kant* entendesse a liberdade como o único direito original.[31] Em sua *Metafísica dos costumes*, Kant tende a dar razão àqueles que distinguem a dignidade da existência e o direito a esta do significado da dignidade humana como fim em si. Pelo menos ele define como meta do Estado "manter os membros dessa sociedade que não conseguem fazê-lo por si sós":

> É que a vontade geral dos cidadãos se uniu numa sociedade que deverá mantê-los de forma permanente, submetendo-se para tal fim ao poder interno do Estado, para manter os membros dessa sociedade que não o conseguem fazer por si sós. Por parte do Estado, portanto, o governo está autorizado a notificar os ricos para que forneçam os meios de subsistência para aqueles que, mesmo em suas necessidades mais básicas, não o são; porque a sua existência é, ao mesmo tempo, o ato de subordinação à proteção e à necessária prevenção do coletivo, para o qual eles se comprometeram e nos quais o Estado

[30] KIRSTE, Stephan. Das Urrecht der Menschenwürde in der vernunftrechtlichen Debatte der Wende zum 19. Jahrhundert, *In:* ENDERS, Christoph; KAHLO, Michael; MOSBACHER, Andreas (Org.). *Europa nach Napoleon*. p. 97-136, Münster: Mentis, 2018. p. 97.

[31] KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. 8. ed. Frankfurt: [Holzinger], 1982. p. 305-346: "Das ursprüngliche Recht ist nur ein einziges, Freiheit".

> passa a basear o seu direito de colaborar com os seus meios para a preservação de seus concidadãos.[32]

Os impostos necessários para tal teriam de ser contínuos e não vir apenas de fundações privadas. Kant também prevê apenas um mínimo de benefícios. Mas ele não constrói uma demanda e, dessa forma, um direito a estes benefícios. Também neste caso, no entanto, a aplicação jurídica do dever do Estado deve garantir que o indivíduo não dependa da arbitrariedade de outras pessoas. Essa obrigação de garantir o mínimo de subvenções não existe em função da pessoa, mas para a preservação da meta do Estado com vistas a uma ordem jurídica assegurada entre sujeitos jurídicos. Kant não faz uma relação com a dignidade humana. É certo que – ao contrário de afirmações divergentes – a dignidade humana tem certa importância na teoria jurídica de Kant. Mas ele não a considera, de início, como um direito individual – e muito menos como direito original –, porém como a obrigação de se colocar à disposição dos outros em função da comunidade jurídica dos sujeitos jurídicos. O imperativo categórico na fórmula: ser um fim em si mesmo passa a ser, então, a obrigação de apresentar-se aos outros com a demanda de ser reconhecido como sujeito jurídico.[33] Esta é a condição para que as pessoas possam estabelecer de forma voluntária relações jurídicas entre elas. Estas, por sua vez, são o pressuposto para uma relação razoável das pessoas entre si, a qual deverá substituir condições naturais de violência. O Estado como Estado de direito e como república vai, então, proteger estas relações jurídicas e os direitos das pessoas dentro deles e está, ele mesmo, fundamentado no direito. Às condições dessa institucionalização do Estado de direito pertence também a garantia das possibilidades factuais de o indivíduo tomar parte dos negócios jurídicos. Nesse sentido, a obrigação do Estado de assegurar a subsistência é, de certa maneira, uma tarefa do Estado, para que o indivíduo possa cumprir o seu dever jurídico a partir da dignidade.[34]

Muitos kantianos, porém, tanto antes quanto depois do surgimento de sua *Metafísica dos costumes*, partiram do fato de que a dignidade humana, no sentido da capacidade da pessoa de ser um fim em si, seria um direito original da pessoa. Este direito, que também foi denominado direito da personalidade etc., não se remetia apenas à ideia de a pessoa ser respeitada como sujeito jurídico em relações

[32] KANT, *ibidem*, p. 305-346.

[33] KANT, *ibidem*, p. 305-344: "Die rechtliche Ehre (honestas iuridica) besteht darin, sich als Mensch gegenüber anderen zu behaupten, eine Pflicht, die in dem Spruch zum Ausdruck kommt:‚Mache dich nicht zum bloßen Mittel für andere, sondern sei zugleich Zweck für sie'. Diese Pflicht wird später als Verpflichtung aus dem Recht auf Menschlichkeit in unserer eigenen Person erklärt (Lex iusti)".

[34] KANT, *ibidem*.

jurídicas com outras pessoas e com o Estado. Ao invés, ele fundamentava também um direito a uma existência digna da pessoa como um ser espiritual e sensorial. A pessoa deveria, portanto, ser respeitada não apenas como sujeito jurídico em relação a outras pessoas, mas deveria ser capaz de poder adquirir coisas que concretizassem sua personalidade jurídica na forma de objetos jurídicos.

O direito individual compreendido dessa maneira perpassou diversos graus de justificação no século XIX: de início, era o direito de cada pessoa poder utilizar coisas para sua subsistência por meio de sua vontade, e independentemente de intervenção do Estado. Como tal era a condição da possibilidade de trabalho, posse e propriedade. Já o discípulo de Kant, *Jacob Sigismund Beck* (1761-1840), deriva da obrigação de se comportar conforme sua dignidade humana o subsequente compromisso de que a pessoa não se comporte diante de outras de forma que estas possam agir com ela a bel prazer. "Portanto, essa obrigação legal depõe, na verdade, sobre a possibilidade de ter direitos, a própria legitimidade da pessoa".[35] A pessoa tem a obrigação de não se degradar a mero ser natural na relação com outros porque, como tal, ela não conseguiria viver conforme sua natureza moral. Em compensação, ela tem, no entanto, o direito de adquirir os recursos necessários para tal. Uma vez que não corresponde à dignidade humana ser tratado como objeto pelos outros, a pessoa tem a obrigação de se oferecer aos outros como sujeito de relações jurídicas. A partir dessa obrigação, poder-se-ia construir o direito de ser colocado de tal forma que a autoescravização não seja necessária devido às dificuldades sociais. O indivíduo teria, então, um direito aos pressupostos para o cumprimento de sua obrigação de agir como sujeito jurídico e não ter de se fazer escravizar. Mas Beck ainda não alcança tão longe.[36] Outro kantiano, *Karl Heinrich von Gros* (1765-1840), destaca que na dignidade não se pode tratar da mera pessoa racional e, sim, de sua existência no mundo dos sentidos. Por isso, ele define que o direito original seria:

> [...] ou o absoluto (como que inato) direito da pessoa [...] por isso nada mais do que o direito da personalidade na relação com outros, ou seja, o direito de existir e ser ativo como pessoa no mundo dos sentidos [...] por causa disso, o direito original da pessoa é um direito ao reconhecimento externo da dignidade humana que lhe cabe.[37]

[35] BECK, Jakob Sigismund. *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*: Erster Theil. [Halle: Wentworth Press], 1798. p. 117.

[36] BECK, *ibidem*, p. 445 ss. Beck, como outros, é de opinião que você só pode abrir mão de sua dignidade, que ela não pode ser tirada de você: "Zum Wurm kann man sich nur selbst machen".

[37] VON GROS, Karl Heinrich. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*. 6. ed. Stuttgart: [s.n.], 1841. p. 44.

Desse fato, no entanto, ele ainda não consegue reivindicar quaisquer direitos materiais para poder ser reconhecido em sua existência exterior como pessoa. Partindo de um esboço kantiano, mas muito sincretista, *Wilhelm Traugott Krug* (1770-1842) presume: "O fato de um ser racional ter, originalmente, o direito a subsistir como pessoa com certeza nunca foi negado por ninguém em quem a razão se exprimisse na plena consciência da sua dignidade". Essa seria uma expressão da dignidade da pessoa como ser racional.[38] Mas aquele que pertence a si interiormente deveria poder possuir, também, propriedade exterior, para os seus próprios fins.[39] Para tais fins ele tem o direito original à subsistência, qual seja, de fazer uso de coisas. Este direito a coisas é, portanto, somente um aspecto da dignidade da pessoa no todo.[40] Desse modo, o direito à subsistência precede o direito efetivo à propriedade. Ele remete ao poder dos seres, como um fim em si, de poder determinar algo como meta, de poder utilizar algo como meio a bel prazer.[41] *Anton Bauer* (1772-1843) formula um "direito original a todas as condições de existência [do ser humano]".[42] Segue-se daí, por certo, um direito de ajudar outros que não o consigam por força própria. Mas estes não têm, eles mesmos, "qualquer reivindicação a benefícios positivos",[43] pois os direitos ao benefício só podem ser adquiridos por meio da vontade da pessoa responsável pela execução – portanto, não são, necessariamente, direitos originais, e sim direitos adquiridos.[44] O benefício que podia ser exigido a partir do direito original à dignidade era o reconhecimento pelos outros como sendo pessoa jurídica, tal como o pressupõe também *Karl von Rotteck* (1775-1840).[45] No entanto, o direito à ajuda baseada a partir da dignidade humana ainda não significa qualquer direito natural justificado a receber ajuda. Permanece sendo um direito negativo.

Em segundo lugar e posteriormente, esse direito à subsistência era entendido como um direito humano de defesa contra o Estado, no sentido de deixar a cada

[38] KRUG, Wilhelm Traugott. Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft. Leipzig: [Friedr. Chr. Wilh. Vogel], 1811. p. 21.

[39] KRUG, *ibidem*, p. 56.

[40] KRUG, *ibidem*, p. 21.

[41] Ver também BAUER, Anton. *Lehrbuch des Naturrechts*. Göttingen: [Vandenhoeck und Ruprecht], 1825. p. 103 ss. "Es ist ein allgemeines, jedem Menschen, als solchem zukommendes Urrecht, auf welches sich alle angeborenen Rechte desselben zurückführen lassen [...] nemlich das Recht der Menschheit, oder Persönlichkeit d.h. das Recht als freies vernünftiges Wesen in der Sinnenwelt zu existieren [...]. Alle jene Rechte des Menschen enthalten nicht nur die Befugniß, die Bedingungen seiner Existent zu erhalten und zu cultiviren".

[42] BAUER, *ibidem*.

[43] BAUER, *ibidem*, p. 112, 114.

[44] BAUER, *ibidem*, p. 146.

[45] VON ROTTECK, Karl. *Lehrbuch der Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*: Allgemeine Einleitung in das Vernunftrecht, Naturliches Privatrecht. v. 1. Stuttgart: [Gebrüder Franckh und Hallberger Sche], 1829. p. 124.

pessoa a decisão acerca do que ela teria de poder adquirir para formar a base mínima de sua subsistência. Impostos e outras tarifas não poderiam tirar das pessoas aquilo que elas mesmas tinham conquistado por meio do trabalho e de que necessitavam para uma existência digna. Nesse sentido, o direito à segurança dos meios de subsistência era um direito negativo. Este direito à segurança dos meios de subsistência abrange a força e saúde espiritual e física da pessoa tanto quanto o direito à vida. A pessoa tem, também, o direito de ajudar outros; mas os necessitados não têm direito a esta ajuda, pois demandas só podem ser adquiridas por meio da vontade do empenhado para tal – portanto, não são necessariamente direitos originais, e sim adquiridos. O filósofo *Gottlob Wilhelm Gerlach* (1786-1864) presume como o maior direito humano, do qual se derivam os outros, o direito de todas as pessoas ao reconhecimento de sua particularidade. Só em função desta é que eles seriam sujeitos e não objetos de direitos. É isso o que significa dignidade.[46]

> A possibilidade da existência moral, portanto tudo aquilo que, segundo a estrutura da natureza humana, constitui uma condição para que o ser humano possa existir como sendo um fim em si mesmo, surge, assim, como o objeto a partir do qual o ser humano, através da lei, tem uma reivindicação perante a arbitrariedade de todos os outros. [...] O direito [...] é a relação juridicamente fundamentada entre as pessoas, segundo a qual todos têm o direito a exigir tudo aquilo que, segundo a constituição da natureza humana, é necessário para a possibilidade de uma existência moral, na medida em que a mesma existência de todos possa subsistir dessa forma.[47]

A essa reivindicação por tudo o que, segundo a constituição da natureza humana, é necessário para a possibilidade da existência moral pertence também o direito ao sustento. Mas ele tem claro que, nesse caso, se trata de um direito negativo, segundo o qual o Estado tem de ceder ao indivíduo tudo aquilo que este adquiriu como fundamento de sua existência. Assim, o direito ao sustento permanece sendo um direito negativo.[48]

---

[46] GERLACH, Gottlob Wilhelm. *Grundriss der philosophischen Rechtslehre*. Halle: [Gebauer], 1824. p. 127, 55.

[47] GERLACH, *ibidem*, p. 80. Esses direitos também incluem o direito à subsistência e integridade de natureza empírica, *ibidem*, p. 130.

[48] Essas vozes kantianas não são isoladas. Droste, por exemplo, vê como direito original "als Selbstzweck zu seyn, aus demselben Grunde aber auch das Recht überhaupt zu seyn, als wodurch jenes Urrecht physisch bedingt wird", VON DROSTE-HÜLSHOFF, Clemens August. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Bonn: [Marcus], 1831. p. 75. Pfitzer também escreve que esses direitos originais "die Grundbedingungen menschlich-sittlichen Daseins auf Erden bilden", PFITZER, Paul Achatius. Urrecht. *In:* VON ROTTECK, Karl; WELCKER, Carl Theodor (Org.). *Staatslexikon*. vol. 15. Altona: 1843. p. 610-694.

II.2.2 As colaborações de Hegel e da Escola de Krause

Por fim, o direito à subsistência foi compreendido como direito aos benefícios por parte daqueles que não estavam na situação de ganhar o seu sustento para a concretização de sua pessoa, porque tinham de viver em grande pobreza e sem acesso à educação. Perante o Estado, estes deveriam gozar de um direito a esse sustento enquanto direito reivindicatório. Alguns entendiam esse direito a partir do interesse objetivo da comunidade, a qual estava ameaçada em sua paz jurídica pela pobreza generalizada; outros, porém, consideravam-no justificado diretamente por meio da exigência de que toda a pessoa devesse não apenas ser sujeito jurídico, mas também pudesse usufruir dos seus direitos. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* demonstrara em sua *Teoria da sociedade burguesa* que o direito à subsistência, ou seja, o direito negativo do indivíduo com relação ao Estado de que lhe seja cedida a sua parcela do mínimo necessário para o seu sustento não basta, porque a obtenção da subsistência na sociedade burguesa continua aleatória e depende de circunstâncias que não competem ao indivíduo.[49] Ele também demonstrou que as circunstâncias produtivas podem levar a que os dispostos ao trabalho afundem na pobreza sem qualquer culpa. Hegel diz que, nessa situação, o indivíduo não tem a "honra" de poder ganhar o seu sustento por meio de seu trabalho. Uma vez que a infelicidade de uns significa a felicidade de outros, os que saíssem vitoriosos dessa situação poderiam ser obrigados a realizar transferências à título de pagamento. O indivíduo tem o direito de exigir o seu sustento, o que implica a obrigação da sociedade burguesa de protegê-lo de si mesmo. Em contrapartida, a sociedade pode exigir do indivíduo que ele dê conta de seu próprio sustento, na medida em que lhe for possível. Hegel reconhece, portanto, um direito à subsistência, que tem raízes na aleatoriedade do estado indigno no qual o indivíduo vai parar em caso de pobreza. Numa inversão já quase kantiana, *Julius Fröbel* (1805-1893) chega à mesma conclusão. O indivíduo tem o direito original de ser uma meta em

[49] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Berlim: Ullstein, 1972. §245, p. 208 e §244, p. 207: "Das Herabsinken einer grossen Masse unter das Maaß einer gewissen Subsistenzweise, die sich von selbst als die für ein Mitglied der Gesellschaft notwendige regulirt, – und damit zum Verluste des Gefühls des Rechts, der Rechtlichkeit und der Ehre, durch eigene Tätigkeit und Arbeit zu bestehen, – bringt die Erzeugung des Pöbels hervor" e, além disso: "Somit entsteht im Pöbel das Böse, daß er die Ehre nicht hat, seine Subsistenz durch seine Arbeit zu finden, und doch seine Subsistenz zu finden als sein Recht anspricht. Gegen die Natur kann kein Mensch ein Recht behaupten, aber im Zustande der Gesellschaft gewinnt der Mangel sogleich die Form eines Unrechts, was dieser oder jener Klasse angetan wird. Die wichtige Frage, wie der Armut abzuhelfen sei, ist eine vorzüglich die modernen Gesellschaften bewegende und quälende". Os pobres tornam-se miseráveis quando perdem o sentido da dignidade de poder viver do seu trabalho. O remédio para a pobreza serve assim para restaurar a dignidade; mas este é apenas o caso se for reduzido ao mínimo.

si mesmo.[50] Mas, uma vez que o direito original visa à concretização da meta final de representação da humanidade no indivíduo mesmo, por meio de cada pessoa, essa garantia é, em última análise, um assunto de todos como obrigação solidária: "Através dessa solidariedade o direito original se amplia. Tendo sido, de início, somente o direito de ser sua própria meta, tornou-se agora o direito de, nessa justificação, ser reconhecido e protegido por outros".[51]

Isso iria incluir o direito a alimentação, moradia, vestuário, formação escolar e continuada. Não é preciso ser kantiano para chegar a essa projeção do direito a uma existência digna. Também *Heinrich Ahrens* (1808-1874), ao qual cabe grande mérito por ter disseminado as teorias de seu mestre *Karl Christian Friedrich Krause* (1781-1832), sobretudo na América Latina, parte de um direito fundamental que englobe a dignidade da pessoa.[52] A este propósito serve o direito negativo e o positivo à vida.

> Porém, antes de tudo, cada qual tem de cumprir, também nesse sentido, aquelas condições que o façam conseguir, por meio de trabalho próprio e autoajuda, o seu sustento; mas se alguém ainda não – ou já não mais – pode trabalhar, ou consegue apenas um serviço precário, a lei terá de designar as pessoas, a família, a comunidade, a província ou o poder central, o qual sozinho, como acontece na maioria dos casos, terá de prestar auxílio simultaneamente. Nesses casos há um real direito ao auxílio, o qual só deverá valer, tanto quanto possível, como complemento para a autoajuda, mas que poderá, num futuro distante, ser aplicado em maior abrangência, caso o militarismo não volte a acabar com tanta força econômica de trabalho e com o capital.[53]

Como direito positivo, é um "direito à vida ou à existência". Ahrens compreende esse direito como auxílio subsidiário para a autoajuda. *Immanuel Hermann Fichte* (1796-1879) segue, aqui, Krause e Ahrens, distinguindo com nitidez entre a dimensão negativa e a positiva do direito à segurança dos meios de subsistência. A pessoa

> tem o direito à subsistência. E isso no sentido de que, sendo capaz de assumir uma atividade própria para que possa adquirir os meios dessa subsistência, ela esteja, no entanto, nessas condições, asse-

[50] FRÖBEL, Julius. *System der sozialen Politik*. Mannheim: [J.B. Grobe], 1847. p. 146: „Das Urrecht [...] des Individuums, als selbständiges, d. i. als sittliches Wesen sich selbst und anderen gültiger Zweck zu sein".
[51] FRÖBEL, *ibidem*, p. 97.
[52] AHRENS, Heinrich. *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staate*. Wien: [s.n.], 1870. p. 366.
[53] AHRENS, *ibidem*, p. 27.

> gurada de sua subsistência todo o tempo, mas que, estando incapaz de trabalhar sem justa causa ou motivo, receba os meios de subsistência por parte da comunidade.[54]

Na dimensão negativa, o indivíduo tem uma demanda contra o Estado para que este lhe forneça os meios para o seu sustento.[55] Na dimensão positiva, o Estado deveria colocar-lhe esses meios à disposição, se ele não puder ganhar por si mesmo o suficiente para viver com dignidade e usufruir de seus direitos.

Carl August Eschenmayer (1768-1852) vai ainda mais longe, ao entender a concessão da subsistência em situação de miséria não apenas como obrigação do Estado, porém como um direito original:[56]

> O Estado se compromete a – e esse é seu compromisso original – garantir o sustento. Pois, na medida em que ele define o nível social das pessoas, ele destrói, ao mesmo tempo, o favorecimento espontâneo da natureza para com o indivíduo, e se ele não corrigisse, por outro lado, essa relação em desequilíbrio, iria profanar dessa forma o direito inalienável mais sagrado das pessoas. Em nenhum país do mundo uma pessoa pode morrer de fome, e um único caso desse tipo que fosse já seria a eterna vergonha de um país. Este direito inato à alimentação precede todos os direitos restantes. Pois primeiro tem de se assegurar o sujeito todos direitos em sua existência, antes que se possa falar na garantia de suas demandas legítimas individuais. Desse modo, o direito à subsistência é o direito original, subjacente a todos os demais, e bem por isso a eterna e silenciosa condição.[57]

Só nessa base os direitos aos frutos do trabalho etc. podem ser justificados. Eschenmayr exibe com clareza a sobreposição desse direito original, ligado à pessoa, aos direitos adquiridos, porque somente assim a "dignidade da pessoa está assegurada".[58] A consideração de que, num estado natural idealizado, todos poderiam adquirir tudo e a pobreza poderia surgir, porque num Estado tudo já estaria

54 FICHTE Immanuel Hermann. *System der Ethik*. Leipzig: [s.n.], 1853, p. 39.

55 FICHTE, *ibidem*, p. 35: "Die [...] positive Bedingung zur Existenz der Person ist Sicherung des Lebensunterhaltes: ‚das Recht auf Subsistenz' schließt sich daher hier an. Aber sogleich ergibt sich, dass das Leben ethisch werthlos wäre, wenn es gänzlich in der Arbeit für den Lebensunterhalt sich verzehrte. Der letzte Zweck derselben kann nur in der freien Musse gefunden werden, als der Pflanzstätte alles menschlich ethischen Daseins".

56 VON ESCHENMAYER, Carl Adolph. *Normal-recht*. Stuttgart e Tubinga: [J.G. Cottaschen], 1819. p. 159-161.

57 VON ESCHENMAYER, *ibidem*, p.158 ss.

58 VON ESCHENMAYER, *ibidem*, p. 229: "Nichts hat den Menschenwerth so tief in das Rechts- Unrecht versenkt, als das Hinauf stellen der erworbenen Rechte über die wesentlichen".

distribuído e agora se exigiria proteção, também dá motivos para *Karl Salomo Zachariä* (1769-1843) imaginar que "a pobreza pode fornecer uma demanda legal por auxílio".[59] Dessa forma, os direitos à subsistência com base na dignidade adquirem também um significado relacionado ao benefício. Também *Gustav v. Struve* (1805-1870) distingue com clareza a dimensão jurídica da defesa e uma dimensão na área dos benefícios legais, o que, em última análise, vai dar até mesmo num direito à redistribuição.[60] Mesmo que Struve pertença à margem esquerda dos partidos na *Paulskirche*, em face das questões sociais cada vez mais prementes também surge, entre os defensores do direito natural na "dignidade humana", a exigência de aliviar a situação dos pobres e de "organizar as relações de dependência derivadas da pobreza da forma tão humana e moral quanto possível, para que os pobres não pereçam sob o peso cruel da vida".[61] Isso mostra que, na segunda metade do século XIX, a exigência por uma estruturação digna das condições de vida encontra amplo reconhecimento e não se limita formalmente aos direitos negativos, os quais devem proteger a autopreservação contra a tributação do Estado, mas também já se fala de direitos de execução, entendidos por alguns autores até mesmo como direitos originais. É claro que isso dá motivos para ásperas críticas, como exemplo,

[59] ZACHARIÄ, Karl Salomo. *Vierzig Bücher vom Staate*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Winter, 1840. p. 153.

[60] VON STRUVE, Gustav Karl Johann Christian. Menschenrechte. *In:* VON ROTTECK, Karl; WELCKER, Karl Theodor. *Supplemente zur ersten Auflage des Staats-Lexikons oder der Enzyklopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands*. Leipzig: [s.n.], 1847. p. 611-618: "Der Mensch hat […] nicht blos ein ewiges und unveräußerliches Recht auf alles Dasjenige, was zu seinem physischen Leben, sondern auch auf Dasjenige, was zur harmonischen Entwicklung seiner höhern Seelenkräfte erforderlich ist. Der Mensch kann daher verlangen, daß seine Mitmenschen und der Staat, welchem er angehört, diese seine ewigen und unveräußerlichen Rechte achten, und daß der Staat insbesondere seine ganze Organisation auf den Grundsatz der praktischen Anerkennung dieser Rechte gründe […]. Das erste und unabweisbare Recht des Menschen, welches die Grundlage aller seiner übrigen Rechte bildet, ist nach der obigen Ausführung das Recht auf Leben, das Recht der Selbsterhaltung, das Recht, seine thierischen Bedürfnisse zu befriedigen. Jedes andere Recht muß daher beim Zusammenstoße mit diesem weichen […] Steuern […] dürfen unter keiner Bedingung das Recht auf Selbsterhaltung, das Recht des Menschen, ein gesundes, kräftiges irdisches Dasein zu führen, lähmen oder gar vernichten […]. Der Mensch hat also das ewige und unveräußerliche Recht, von dem Staate, dessen Mitglied er ist, zu verlangen, sich so zu organisiren, daß jeder Mensch ohne Unterschied des Standes, des Alters und des Geschlechts diese Voraussetzungen des Lebens habe. So lange die ärmeren Klassen des Volkes Noth leiden an den unvermeidlichen Bedürfnissen des Lebens, haben sie daher ein vollgültiges Recht, zu verlangen, daß die reicheren Klassen ihnen von ihrem Ueberflusse so viel abgeben, als zu diesem Behufe erforderlich ist […]". Der Bezug zur Menschenwürde tritt hier zurück. Das entsprechende Leistungsrecht wird auch nicht mehr Urrecht genannt, sondern „unveräußerliches Recht".

[61] WALTER, Ferdinand. *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*. Bonn: Marcus, 1863. p. 179.

por parte do filósofo do direito conservador *Friedrich Julius Stahl*.[62] Por sua vez, até mesmo Otto von Bismarck se coloca contra essa avaliação.[63]

II.2.3 Breves comentários acerca da história das ideias

Deixaremos a discussão neste ponto. Em resumo, pode-se dizer o seguinte acerca desse debate: os kantianos entendem por direito original da pessoa um direito que prevalece sobre os outros direitos e o qual é possível justificar. Este direito se deriva substancialmente da natureza racional e livre da pessoa e é justificado a partir de seu fim em si mesmo. Ao mesmo tempo, porém, ele é o sentido da dignidade humana. No entanto, este direito original à dignidade não se remete apenas à natureza racional da pessoa. Ele é a base do direito; mas visa à concretização dessa natureza racional e, dessa forma, também à existência da pessoa como fim em si. Também os hegelianos e a Escola de Krause, que assumem que os seres humanos têm uma natureza racional e sensorial, chegam a um direito à subsistência de início negativo, mas mais tarde tornado positivo.

O direito à subsistência vai ser entendido, então, como um direito originário, o qual deverá salvaguardar o exercício dos outros direitos. Ele garante que pessoas possam de fato agir como sujeitos de direitos. Nessa base ele tem uma dimensão negativa, a qual deixa ao indivíduo o sustento gerado por ele mesmo, e uma dimensão positiva, a qual lhe concede, em caso de impossibilidade de sustento próprio, uma reivindicação de subsistência por parte do Estado. Dessa forma não se justificam direitos sociais amplos, mas apenas se garante aquilo que se faz necessário para o exercício de direitos originais e, com isso, para uma existência digna como sujeito jurídico. Antes que *Marx* e *Engels* proclamassem que "o ser humano é *o ser supremo para o ser humano*", tendo, portanto, como "*imperativo categórico derrubar todas as circunstâncias* nas quais a pessoa é um ser humilhado,

[62] STAHL, Friedrich Julius. *Die Philosophie des Rechts*. 2. ed. [Heidelberg: J.C.B. Mohr], 1878. p. 357: "Die Erhaltung der Armen allerdings ist ein Gebot auch der Rechtsordnung (Armenpflegeanstalten, Anordnung von Armenbeiträgen). Die menschliche Gemeinschaft muß im äußersten Fall für Leben und Bestehen eines jeden sorgen. Aber sie muß das nicht kraft der sächlichen Solidarität an den Gütern der Erde, […] sondern kraft der persönlichen Solidarität des Menschengeschlechts. […] Es beruht solches nicht auf einem Anspruch des Armen, sondern auf einer sittlichrechtlichen Pflicht der Gemeinschaft".

[63] VON BISMARCK, Otto. *Der Staat und die Arbeiter. Aus der Rede des Reichskanzlers Fürsten Bismarck in der Sitzung vom 2.* April No. 14 1881. Provinzial-Correspondenz https://zefys.staatsbibliothek-berlin.de/amtspresse/ansicht/issue/9838247/2266/?no_ cache=1&type=102&tx_zefysdigibibo_pi1%255Bdruck%255D=1 „Rede vor dem Deutschen Reichstag am 2. April 1881": "es liegt in diesem Gesetze auch die Tendenz, das Gefühl menschlicher Würde, welches auch der ärmste Deutsche meinem Willen nach behalten soll, wachzuerhalten, daß er nicht rechtlos als reiner Almosenempfänger da- steht, sondern daß er ein peculium an sich trägt, über das niemand außer ihm verfügen kann und das ihm auch nicht entfremdet werden kann".

escravizado, abandonado, desprezível",[64] já se justificava dessa maneira um direito humano à subsistência. Mas Marx e, mais tarde, *Lassalle*[65] podem basear-se nesses esboços teóricos e desenvolver esse direito à subsistência até o nível de uma exigência por direitos sociais mais abrangentes.[66] E mesmo o chanceler do Império Otto von Bismarck reconheceu a substancial correlação entre subsistência e direitos sociais.[67] Sobretudo, porém, essa foi a base sobre a qual juristas como *Günther Dürig*[68] e *Werner Maihofer*,[69] *Michael Stolleis*[70] ou filósofos como *Ernst Bloch*[71] ou *Simone de Beauvoir*[72] conseguiram estabelecer uma correlação entre a dignidade da pessoa e um mínimo existencial dessa dignidade.

Porém, embora filósofos tão diversos quanto *Martha Nussbaum*[73] ou *Avishai Margalit*[74] derivem, hoje em dia, um mínimo social de subsistência da dignidade humana, eles não têm tido tanto sucesso quanto os esboços kantianos no século XIX, que produziram a necessária correlação entre os três elementos da dignidade humana como fim em si (1), de sua forma jurídica como direito ao reconhecimento

64 MARX, Karl. Zur Kritik der Hegelschen *Rechtsphilosophie*. 1. ed. Frankfurt am Main: [s.n.], 1927. p. 385; sobre os fundamentos econômicos da teoria de um mínimo natural de recursos de Marx, ver também LEWIN (nota de rodapé 4) p. 11 ss.

65 LASSALLE, Ferdinand. *Gesammelte Reden und Schriften*. Berlim: [Paul Cassirer], 1919. p. 203 (266). Ele fala do dever do Estado de ajudar o trabalhador a ter uma "existência digna".

66 Ver também VON DER PFORDTEN (nota de rodapé 3), p. 39.

67 BISMARCK (nota de rodapé 62), "Rede vor dem Deutschen Reichstag am 2. April 1881"; BALDUS (nota de rodapé 3).

68 DÜRIG, Günther. Der Grundsatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81, n. 2, p. 117-157, 1956. p. 117, 132 e 142: "Die Menschenwürde als solche ist auch getroffen, wenn der Mensch gezwungen ist, ökonomisch unter Lebensbedingungen zu existieren, die ihn zum Objekt erniedrigen".

69 MAIHOFER, Werner. *Die Würde des Menschen als Zweck des Staates*. 1963. p. 41; também TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*: Eine philosophische Klärung. Berlim: Berliner-Wissenschafts-Verlag, 2007. p. 392; VON DER PFORDTEN (nota de rodapé 3), p. 73.

70 STOLLEIS, Michael. Die Rechtsgrundlagen der Regelsätze unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Grundsätze. *Nachrichtendienst*, n. 61, Berlim, 1981. p. 99.

71 BLOCH, Ernst. *Naturrecht und menschliche Würde*. Berlim: Suhrkamp, 1972. p.11-14.

72 DE BEAUVOIR, Simone. *Das Alter*. 1997, p. 7, fala de um "Minimum [...], das man für ein menschenwürdiges Dasein als unerläßlich erachtet".

73 NUSSBAUM, Martha Craven. *Creating Capabilities*: The Human Development Approach. Londres: [s.n.], 2011. p. 29. Para uma vida digna, incluem-se movimento, pensar, julgar, imaginar, rir, brincar e atividades recreativas, relacionamentos interpessoais, a possibilidade de gratificação sexual e procriação livre, bem como os fundamentos sociais necessários para manter o autorrespeito e evitar a humilhação. – Sobre abordagens semelhantes de Sen, também baseado em John Rawls, mas que se concentra mais na situação econômica e menos na dignidade humana, ver VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 266 e ss.; WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157 (158).

74 MARGALIT, Avishai. *Politik der Würde*: Über Achtung und Verachtung. Berlim: Verlag Alexander Fest, 1997. p. 222: "Um sagen zu können, jemand führe ein wertvolles Leben, muß er nicht unbedingt den Lebensstil führen, der ihm unter allen möglichen der liebste ist, aber es muß ihm zumindest ein Lebensstil offenstehen, den er respektieren und lebenswert finden kann. Armut schließt jedoch jede würdige Lebensweise von vornherein aus und ist überdies mit dem Gefühl verknüpft, daß das eigene Leben auf ganzer Linie gescheitert ist".

como sujeito jurídico (2) e o direito a um mínimo existencial como condição da possibilidade de poder fazer uso, como sujeito, de direitos individuais e direitos fundamentais (3).[75] O direito de ser reconhecido como sujeito jurídico pressupõe que, para começar, consiga existir um sujeito como destinatário de direitos. Isso é salvaguardado por meio do direito a um mínimo existencial digno.[76] De premissas muito diversas vem a concepção de *basic rights*, "os quais têm de ser realizados para que um ser humano chegue a conseguir exigir e perceber quaisquer direitos",[77] tal como listados por *Ernst Tugendhat*, que se aproxima dessa concepção. Pois destes faz parte também "um determinado mínimo existencial".[78] No entanto, o ponto de partida de suas reflexões é, antes, a igualdade dos seres humanos, enquanto a tradição kantiana parte da dignidade da pessoa como fim em si e, somente então, chega a justificar a própria igualdade.

III A justificação do direito a um mínimo existencial digno no direito positivo

III.1 Introdução

O direito individual e fundamental a um mínimo existencial digno deverá criar os pressupostos existenciais para que a pessoa possa exercer seus direitos fundamentais.[79] Nesse sentido, trata-se de um direito individual a uma série de regulamentações ou benefícios estatais que asseguram a cada pessoa uma vida digna. Ele também se baseia no princípio de que toda pessoa necessitada, que não consiga manter-se com o seu sustento ou com a ajuda de sua família, tem direito ao apoio por parte do Estado e da sociedade. Nesse sentido, o direito a uma existência digna, em relação ao conceito ainda central, para a sociologia, do amor

[75] Isso também distingue as abordagens kantianas das abordagens baseadas no indivíduo ou na comunidade citadas por VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 251 (265), que corretamente aponta suas inadequações.

[76] BRUGGER, Winfried. §1 Die Würde des Menschen im Licht des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung. *In:* BRUGGER, Winfried. *Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat*. Berlim: Duncker & Humblot, 2013. p. 33 (49).

[77] TUGENDHAT, Ernst. *Vorlesungen über Ethik*. 4. ed. 1997. p. 362 ss.; de maneira mais aprofundada HOFFMANN, Josef. Ernst Tugendhats Theorie der Gerechtigkeit und die Begründung eines Rechts auf ein Existenzminimum. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. v. 88, n. 4, p. 495-518, 2002. p. 495 ss.

[78] TUGENDHAT (nota de rodapé 76), p. 363. Crítica por HOFFMANN (nota de rodapé 76), p. 506 ss.

[79] Pertinentemente AXER, Peter. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen. *In:* ANDERHEIDEN, Michael; KEIL, Rainer; KIRSTE, Stephan; SCHÄFER, Jan P (Org.). *Verfassungsvoraussetzungen*, p. 335-353, Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. p. 335-350.: "Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums weist in seiner Verbindung von Menschenwürdegarantie und Sozialstaatsgebot auf eine entscheidende, elementare, gleichsam existentielle Voraussetzung für die Möglichkeit der Wahrnehmung und Ausübung von Grundrechten überhaupt hin und sichert diese: ein Mindestmaß an materieller Substanz".

ao próximo e do combate à pobreza ("questão social"), não pode ser identificado dessa forma. Durante muito tempo, a assistência eclesiástica aos pobres estava comprometida com a caridade baseada no mandamento do amor ao próximo, e o Estado social com a boa polícia,[80] mas não com uma reivindicação subjetiva de direitos humanos baseada na dignidade humana. Benefícios eram concedidos como esmolas ou colaboravam para a boa ordem de uma política devotada à meta esclarecida da perfeição.[81]

Já na fase inicial do constitucionalismo moderno, sobretudo na experiência revolucionária na França, a discussão sobre o reconhecimento de um direito à subsistência alcançou certa importância, como se viu acima. Nesse contexto, cunhou-se a expressão "direitos do pobre", que representava a tentativa de romper com uma tradição marcada pela ideia da caridade e continuava caracterizando as formas dominantes de intervenção social nas questões referentes à pobreza. Esse debate levou a que se incluísse um direito dos necessitados ao auxílio do Estado no texto da Constituição Francesa 1793. Também a Constituição imperial brasileira de 1824 reconheceu, apesar de seu caráter evidentemente liberal, os mesmos direitos previstos na Constituição francesa. É claro que esses direitos tinham apenas caráter simbólico.[82]

A ligação direta e expressa do chamado mínimo existencial com a dignidade humana teve eco em nível constitucional, pela primeira vez, na Constituição da República de Weimar, na Alemanha, no ano de 1919. O art. 151 reza que a vida econômica tem de corresponder aos ditames da justiça e que sua meta consiste em assegurar a todas as pessoas uma existência digna. Na tradição constitucional brasileira, esse conceito também está contido desde 1934 no capítulo sobre a ordem econômica e social, sendo que o art. 170 da Constituição prevê que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]."

Não levando em consideração como a concepção de um direito à segurança dos meios de subsistência e/ou de uma correspondente obrigação do Estado foi se desenvolvendo no decorrer do tempo, e tampouco considerando que houve experiências diversas em lugares diferentes, até mesmo em países com uma postura marcadamente liberal, tem se imposto o entendimento de que pobreza e exclusão

[80] Neste sentido TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3; SCHNAPP (nota de rodapé 23), p. 136 ss.

[81] VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 253. Von Arnauld aponta que a legislação prussiana de 1794 já estipulava que o Estado era obrigado a alimentar e sustentar os cidadãos que não estão em condições de garantir a sua própria subsistência, cuidado e sustento, ou que isso deva ser feito com base em disposições legais especiais por outros particulares.

[82] Sobre esse debate consultar somente HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*. Paris: PUF, 2009. p. 39.

social são problemas a ser prevenidos pelo Estado. É claro que as acepções a respeito eram um tanto quanto divergentes.

A garantia do mínimo existencial pode se dar de diversas formas. Entram em cogitação, por exemplo, a garantia de um salário mínimo, uma série de direitos subjetivos a benefícios nas áreas da saúde, educação, moradia, segurança social, seguro-desemprego, proteção ao idoso, ajuda para pessoas com deficiências, crianças. No nível da legislação, por sua vez, implementa-se um programa social ancorado na Constituição por meio de normas que definem as metas e tarefas do Estado no âmbito da justiça social por meio de cláusulas gerais, como o Estado social e/ou direitos sociais que podem adotar o caráter de direitos fundamentais – ou não – o que não será detalhado aqui.

O mínimo existencial como meta ou tarefa do Estado faz parte, porém, dos princípios objetivos da ordem social e econômica. Como tal, ele justifica somente a obrigação de assegurar a cada pessoa uma vida em dignidade. Ele não implicava e, de resto, tampouco implica nos dias de hoje, necessariamente – a não ser que tenha sido previsto por meio de regulamentações não constitucionais (sobretudo no âmbito da assistência social e da garantia de um salário mínimo, ao lado de outras formas características) – uma posição jurídico-subjetiva, a qual poderia ser exigida diretamente por meio de um direito individual. De início, a elevação do mínimo existencial à categoria de direito fundamental e sua relação com a própria dignidade humana e outros direitos fundamentais foi dogmatizada no direito alemão. Ali ela também foi reconhecida bastante cedo pela jurisprudência.

O reconhecimento do mínimo existencial digno na categoria do direito positivo pode ser analisado em três níveis. Além do nível da filosofia do direito mencionada acima, são estes os níveis do direito constitucional e do direito internacional. No que se refere ao conteúdo e ao alcance do direito a um mínimo existencial digno eles são marcados, no entanto, por grandes diferenças temporais e qualitativas. Estes níveis estão interligados – e de vez em quando se encontram num estado de tensão mútua.

III.2 O mínimo existencial digno no direito internacional e europeu

No âmbito do direito internacional, sobretudo dos direitos humanos internacionais, encontra-se o primeiro indício acerca desse direito e de sua reivindicação universal no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ele assegura a cada membro da sociedade um direito de participação naqueles direitos econômicos, sociais e culturais que são "imprescindíveis para a sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua pessoa". O art. 25 AEMR assegura a cada pessoa

um padrão de vida mínimo[83] e concede a todas as pessoas um direito a uma vida que baste para salvaguardar a sua saúde, seu bem-estar e o de sua família.

No âmbito dos tratados dos direitos humanos, faça-se referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966.[84] Mais tarde foram acrescentados o Protocolo Adicional para a Convenção Americana de Direitos Humanos no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, o Protocolo de San Salvador[85] (1988), a Carta Social Europeia (versão revisada de 1996)[86] e a Carta Europeia

[83] Declaração Universal dos Direitos Humanos, Art. 25 (1): "Jeder Mensch hat Anspruch auf eine Lebenshaltung, die seine und seiner Familie Gesundheit und Wohlbefinden einschliesslich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztlicher Betreuung und der notwendigen Leistungen der sozialen Fürsorge gewährleistet; er hat das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität, Verwitwung, Alter oder von anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände". (https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsschutz/datenbanken/datenbank-fuer-menschenrechte-und-behinderung/detail/aemr-und-art-7-art-25- un-brk).

[84] Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 19 de dezembro de 1966, Preâmbulo: "in der Erwägung, dass nach den in der Charta der Vereinten Nationen verkündeten Grundsätzen die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft innewohnenden Würde und der Gleichheit und Unveräußerlichkeit ihrer Rechte die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet". O Art. 11 garante um padrão de vida adequado. Art. 13: "Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, dass die Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss". Sobre a influência do pacto na lei alemã sobre o mínimo existencial (https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/PDF/DB_Menschenrechtsschutz/ICESCR/ICESCR_Pakt. pdf) ver KANALAN, Ibrahim. Gilt das Grundrecht auf das menschenwürdige Existenzminimum auch für Unionsbürger?. *Zeitschrift für europäisches Sozial- uns Arbeitsrecht*, n. 10, out. 2016. p. 365 e 414- 418.

[85] Protocolo de San Salvador, Preâmbulo: "Considering the close relationship that exists between economic, social and cultural rights, and civil and political rights, em that the different categories of rights constitute an indivisible whole based on the recognition of the dignity of the human person, for which reason both require permanent protection and promotion if they are to be fully realized, and the violation of some rights em favor of the realization of others can never be justified; Art. 7b. The right of every worker to follow his vocation and to devote himself to the activity that best fulfills his expectations and to change employment em accordance with the pertinent national regulations; Art. 9, 1. Everyone shall have the right to social security protecting him from the consequences of old age and of disability which prevents him, physically or mentally, from securing the means for a dignified and decent existence. In the event of the death of a beneficiary, social security benefits shall be applied to his dependents. Art. 12, 1. Everyone has the right to adequate nutrition which guarantees the possibility of enjoying the highest level of physical, emotional and intellectual development. 1. Everyone has the right to education. Art. 13, 2. The States Parties to this Protocol agree that education should be directed towards the full development of the human personality and human dignity and should strengthen respect for human rights, ideological pluralism, fundamental freedoms, justice and peace. They further agree that education ought to enable everyone to participate effectively em a democratic and pluralistic society and achieve a decent existence and should foster understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups and promote activities for the maintenance of peace" (http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/docs/protocol-san-salvador-en.pdf).

[86] O preâmbulo enfatiza o objetivo de todas as pessoas, "ihren Lebensstandard zu verbessern und ihr soziales Wohl zu fördern". Carta Social Europeia de 1996 Art. 13 obriga os estados a concedê-lo, "sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt [...] ausreichende Unterstützung" (https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIV/I/1068/imfname_205635.pdf). Sobre os desenvolvimentos no Conselho Europeu SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 60

dos Direitos Fundamentais (2000).[87] Além disso, tornaram-se importantes vários outros documentos internacionais, como alguns tratados da Convenção da OIT, a jurisprudência dos tribunais internacionais e as orientações e normas elaboradas por organizações (comitês, subcomitês etc.) responsáveis pelo controle da aplicação dos direitos humanos. No entanto, estas concedem, em parte, direitos negativos e não direitos a benefícios ou à participação.

Também no plano supranacional, tem se imposto aos poucos o entendimento de que o Estado tem de assegurar a todas as pessoas benefícios que garantam a subsistência, no sentido de uma existência digna. De início, já se pode remeter à legislação da União Europeia,[88] que assegura um mínimo existencial a refugiados na UE. Também o EuGH – Tribunal de Justiça da União Europeia – teve de se ocupar do assunto. A princípio, o Tribunal tinha decidido, por meio de uma sentença-dano, que cidadãos da União Europeia poderiam ser excluídos das prestações básicas da segurança social se não dispusessem de um visto de permanência nem procurassem um Estado-Membro, não em busca de emprego remunerado, mas sim para conseguir os benefícios sociais.[89] Enquanto isso, o EuGH reviu sua linha restritiva em parte e justificou um pedido de garantia do nível mínimo existencial pelo Estado

(13), p. 644-652, 2005. p. 644-645. No que diz respeito à Carta Social Europeia de 1996, apesar de algumas referências ao longo do texto a um nível de vida digno e termos semelhantes relativos a vários direitos sociais, a única menção explícita à dignidade humana diz respeito à proteção da dignidade humana no ambiente de trabalho: "Art. 26: Das Recht auf Würde am Arbeitsplatz. Um die wirksame Ausübung des Rechts aller Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Würde am Arbeitsplatz zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien, in Beratung mit Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen […]". No entanto, o Art. 13 concede o direito de cuidar (https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIV/I/1068/imfname_205635.pdf).

87 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Art. 25 I: " Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben"; "Art. 31 Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen". O Art. 34 III obviamente não é formulado como um direito subjetivo: "Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten" (https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf).

88 RL 2013/33/UE do Parlamento Europeu e Conselho, 26.7.2013. Afirma-se no 11º: "sollten Normen für die Aufnahme von Antragstellern festgelegt werden, die diesen ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten gewährleisten". O Art. 20 V S. 3 da Diretiva 2013/33/UE obriga os Estados-Membros, "einen menschenwürdigen Lebensstandard für alle Antragsteller", buscando proteção internacional (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033).

89 EuGH, 11. 11. 2014, Rs. C-333/13 – Dano, (https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-333/13); EuGH, 15. 9. 2015, Rs. C- 67/14 – Alimanovic, nota de rodapé 49 ss., (https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-67/14); sobre isso Astrid Wallrabenstein, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 3 (2016), p. 109; sobre a história também Ferdinand Wollenschläger, Ein Unionsgrundrecht auf Sicherung des Existenz- minimums im Aufnahmemitgliedstaat? Ambivalentes zur Freizügigkeit nicht erwerbstätiger Unionsbürgerinnen und Unionsbürger post Dano – Zugleich Bespr. v. EuGH, 15. 7. 2021 – CG/The Department for Communities in Northern Ireland (C-709/ 20), EuZW 2021, 801, EuZW 2021, p. 795 ss.

de acolhimento, com base nos direitos fundamentais da União.[90] Agora, portanto, o EuGH defende o entendimento

> de que um cidadão da União que, tendo exercido o seu direito de circular e residir em liberdade no território dos Estados-Membros e se beneficiando do direito à residência segundo o direito nacional, mas encontrando-se em necessidade de proteção possa, não obstante, viver em condições dignas.[91]

Além disso, é importante para os países da UE a sentença do EuGH de 12.11.2019, a qual ao menos estabelece uma obrigação de não permitir que requerentes de asilo caiam numa situação que não corresponda à sua dignidade.[92] Não é suficiente que uma atitude contra um requerente de asilo o lance em grande miséria ou que suas condições de vida se deteriorem significativamente. No entanto, enquanto o TCFA adota um limiar mínimo relativo, que é determinado pela capacidade do indivíduo necessitado de se autoajudar,[93] o EuGH parte de um limiar mínimo absoluto, o qual tampouco pode ser inferior para o seu sancionamento.[94] No futuro, influenciará também o mínimo que pode ser concedido a requerentes de asilo na Alemanha e coloca limites a outros endurecimentos da concessão dos benefícios.

---

90 EuGH, 15.7.2021 – CG/The Department for Communities em Northern Ireland (C-709/20), EuZW 2021, 801-806.

91 EuGH (nota de rodapé 89).

92 EuGH, 12.11.2019 – C-233/18 Haqbin gg. Belgien, Rz. 46: " Insoweit verlangt die Achtung der Menschenwürde im Sinne dieses Artikels, dass der Betroffene nicht in eine Situation extremer materieller Not gerät, die es ihm nicht erlaubt, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen, wie etwa eine Unterkunft zu finden, sich zu ernähren, zu kleiden und zu waschen, und die seine physische oder psychische Gesundheit beeinträchtigt oder ihn in einen Zustand der Verelendung versetzt, der mit der Menschenwürde unvereinbar wäre" (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=220532&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=189405). Sobre isso também GANTER, Josef. Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg. *Zeitschrift für europäisches Sozial- uns Arbeitsrecht*, n. 3, 2020. p. 113-117; RUFFERT, Matthias. Europarecht: Anspruch auf Existenzminimum. *Juristische Schulung*, n. 574, 2020. p. 280 ss.

93 BVerwG 27, 58: Encontra-se no trabalho e na autoajuda: "Freiheit und Würde ihren deutlichen Ausdruck"; ver também NEUMANN, Volker. Ein neues Grundrecht für die Armen. *Humanistische Union*, n. 191, ano 3, p. 102-110, 2010. p. 102; ZAKARIÁS, Kinga; Varszegi, Mark. Existenzminimum und würdiges Leben – die Menschenwürde als Grundlage des Sozialstaates. Eine ungarischdeutsche Rechtsvergleichung. *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2018/2019*, v. 6, p. 57-100, 2020. p. 57 ss., 68.

94 GANTER (nota de rodapé 91), p. 118.

III.3 O mínimo existencial digno na Constituição

III.3.1 O desenvolvimento da jurisprudência

O princípio do mínimo existencial digno foi aceito na Constituição Imperial de Weimar[95] e, após a II Guerra Mundial, em alguns estatutos estaduais,[96] assim como na Constituição da República Democrática Alemã de 1949.[97] A Constituição alemã continha, por um lado, no art. 1§1, a proteção da dignidade humana e, por outro lado, no art. 20 I GG, o princípio do Estado social.[98] Deve-se considerar também o princípio da igualdade do art. 3 I GG.

Embora a Constituição alemã – com exceção da proteção do casamento e da família,[99] e da obrigação do Estado de tomar medidas positivas para compensar as desigualdades reais na discriminação das mulheres e das pessoas com deficiência (direitos e deveres que não são considerados por muitos como verdadeiros direitos sociais) – não contenha, via de regra, quaisquer direitos sociais típicos e, sobretudo, qualquer direito a benefícios, a discussão sobre a garantia de um mínimo indispensável a uma existência digna desempenhou um papel importante não só nos trabalhos preparatórios do processo de elaboração da Constituição, mas ainda mais após a entrada em vigor da Constituição de 1949.

Nas ciências jurídicas, Otto Bachof foi um dos primeiros, após a II Guerra Mundial, a desenvolver a possibilidade de um direito subjetivo do indivíduo à concessão positiva de meios sociais mínimos para uma existência digna. Já no início dos anos 50, ele defendia o entendimento de que o fundamento da dignidade

---

95 Weimarer Reichsverfassung, Art. 151: "Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern" (https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100-muenkler/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf).

96 Por exemplo a Constituição de Bremen de 21.10.1947: "Erschüttert von der Vernichtung, die die autoritäre Regierung der Nationalsozialisten unter Mißachtung der persönlichen Freiheit und der Würde des Menschen in der jahrhundertealten Freien Hansestadt Bremen verursacht hat, sind die Bürger dieses Landes willens, eine Ordnung des gesellschaftlichen Lebens zu schaffen, in der die soziale Gerechtigkeit, die Menschlichkeit und der Friede gepflegt werden, in der der wirtschaftlich Schwache vor Ausbeutung geschützt und allen Arbeitswilligen ein menschenwürdiges Dasein gesichert wird" (https://www.verfassungen.de/hb/verf47-i.htm).

97 O Art. 18 III da Constituição da República Democrática Alemã de 1949 diz: "Das Arbeitsentgelt muß der Leistung entsprechen und ein menschenwürdiges Dasein für den Arbeitenden und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen gewährleisten" (https://www.verfassungen.de/ddr/verf49.htm).

98 Este princípio contém um mandato objetivo, mas nenhum direito público subjetivo; mais próximo deste ponto de partida para o direito a um nível de mínio existencial, SCHULZ, Sönke E. Neues zum Grundrecht auf Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums. *Die Sozial- gerichtsbarkeit*, n. 4, p. 201-206, 2010. p. 201 ss.

99 Exceto a proteção do casamento e da família e a obrigação do Estado de nivelar as desigualdades de fato em relação à discriminação contra mulheres e pessoas com deficiência (direitos e deveres que muitos não veem como verdadeiros direitos sociais).

humana (art. 1, I GG) exige não apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social. Sem os meios materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana iria sofrer. Por isso, o direito à vida e à integridade física (art. 2 II GG) tem de ser entendido não apenas como proibição da destruição da existência, ou seja, como direito de defesa, mas exige também uma postura ativa, voltada à salvaguarda da vida.[100]

Cerca de um ano após a formulação paradigmática de Bachof, o Tribunal de Contas da União reconheceu, já no primeiro ano de suas atividades, um direito subjetivo-individual de indivíduos necessitados ao auxílio do Estado e argumentou – apoiado igualmente na dignidade humana, no direito generalizado à liberdade e no direito à vida – que o indivíduo, sendo pessoa autônoma e responsável, deveria ser reconhecido como portador de direitos e obrigações. Daí derivaria, sobretudo, a garantia de suas condições de existência.[101] Pouco tempo depois, o legislador regulamentou, afinal, um direito a atendimento ou benefícios no âmbito da assistência social (§4 I, Lei Federal de assistência social) num nível não constitucional.

Após esse primeiro passo no plano dos tribunais e da legislação, também o TCFA reconheceu o princípio de um mínimo existencial social digno. No entanto, negou, de início, uma correspondente demanda por benefícios por parte dos cidadãos perante o Estado.[102] Numa interpretação histórica foi considerado, em sua primeira decisão relativa à pensão por morte, que a dignidade humana "não oferece proteção de miséria material, mas proteção diante de agressões à dignidade humana vindas de terceiros, tais como humilhação, estigmatização, perseguição, proscrição etc.", interpretando-a, portanto, como um direito negativo.[103] O princípio do Estado social, ao invés, conteria a "meta eterna" de que o Estado provenha justiça social, mas não concederia ao indivíduo qualquer direito a benefícios sociais concretos.[104] Isso serviu para a crítica conservadora acerca do direito humano à segurança dos meios de subsistência, a qual fora formulada por Friedrich Julius von Stahl em meados do século XIX: "À obrigação do Estado de prover uma existência digna não

[100] Ver também BACHOF, Otto. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. v. 12. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1954. p. 42-43.

[101] Ver também BVerwGE 1, 159 (161); provavelmente sem derivar dela um direito público subjetivo: HEINIG, Hans Michael. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008. p. 323; SCHNAPP (nota de rodapé 23), p. 136; provavelmente foi colocado aqui: "Grundstein für eine Zusammenschau von Sozialstaatsprinzip, Menschenwürde und Grundrechten", WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157-159; sobre o conceito de direito público subjetivo, ver também: KIRSTE, Stephan. Zur Begründung subjektiver öffentlicher Rechte: Zugleich eine Kritik naturalistischer und etatistischer Ansätze. *In:* HILGENDORF, Eric; ZABEL, Benno (Org.). *Die Idee subjektiver Rechte*. p. 259-293, Berlim: De Gruyter, 2020. p. 259.

[102] BVerfGE 1, 97, 100 – pensão de sobrevivência: "Ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht, ist eine ewige Aufgabe des Gesetzgebers, an welcher der einzelne Staatsbürger nur durch die Ausübung des Wahlrechts mittelbar Anteil hat".

[103] BVerfGE (nota de rodapé 101), 104.

[104] BVerfGE (nota de rodapé 101), 100 ss.

corresponde qualquer direito subjetivo que controle o cumprimento dessa obrigação". Em 1975, por fim, o Tribunal associou a dignidade humana e o dever do Estado para a garantia de um mínimo existencial.[105] Na sentença para a pena de prisão perpétua o Tribunal argumentou, então, que esse mínimo existencial tem de incluir a possibilidade concreta de o preso recuperar a liberdade porque, de outro modo, a sua dignidade humana seria violada.[106]

Foi um progresso significativo quando o Tribunal reconheceu, em 1990, um mínimo existencial isento de impostos:

> Ponto de partida da avaliação constitucional é o princípio de que o Estado tem de manter os vencimentos do contribuinte isento de impostos, na medida em que ele seja necessário para criar as condições mínimas para uma existência digna. Este ditame constitucional deriva do Art. 1 §. 1 GG associado ao princípio do Estado social do Art. 20 I GG.[107]

Por conseguinte, o mínimo social se refere a determinada quantia dos vencimentos que o Estado tem de deixar ao indivíduo sem poder tributá-la. Faz parte de sua dignidade poder prover o seu próprio sustento. Por meio desse direito, o indivíduo pode se defender contra intervenções do Estado, na medida em que elas impeçam que ele mesmo consiga prover sua existência digna. Sobretudo, porém, é importante que cada qual tenha o direito de poder prover sua própria existência, estando apto para tal, conforme já Hegel o justificara de forma filosófica. Exatamente desta dignidade o Estado privaria o indivíduo, se fosse tributá-lo de uma forma que este iria parar numa situação de dependência social. Já nessa dimensão do direito de defesa fica claro que, segundo a afirmação do art. 1, o indivíduo não apenas é um objeto subordinado à assistência do Estado, mas a sua capacidade para a autodeterminação tem de ser observada também neste sentido.

Por meio da sentença referente ao quarto nível do Plano Social Hartz, esta jurisprudência teve um desenvolvimento decisivo. Aqui, o Tribunal liga a dignidade humana ao princípio do Estado social, formando um novo direito fundamental a um mínimo existencial social digno. Este direito "garante a cada necessitado as condições materiais que são imprescindíveis para sua existência física e para um

[105] BVerfGE 40, 121, 133 – Pensão de órfão II: "Die staatliche Gemeinschaft muß ihnen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern".

[106] BVerfGE 45, 187, 228 ss. – Prisão perpétua. Devido ao alojamento em uma instituição penal, o Estado tinha uma responsabilidade especial de proteger os presos.

[107] BVerfGE 82, 60, 85 – Mínimo existencial isento de impostos.

mínimo de participação na vida social, cultural e política".[108] Portanto, assim se cria, afinal, um direito positivo ao benefício. O dever material do Estado, decorrente do princípio do Estado social em conjugação com a dignidade humana, assume agora a forma de um direito a benefícios que pode ser imposto como direito fundamental por meio da queixa constitucional.[109] Essa reivindicação deriva seu aspecto absoluto da dignidade humana.[110] Por causa de sua consolidação na dignidade humana ele não pode ser negado. É claro que o teto vai ser influenciado pelo princípio do Estado social e o princípio de igualdade, sendo que o legislador tem um espaço de decisão, também considerando a divisão de poderes, que é mais estreito com vistas à existência física e mais amplo com vistas à participação na vida social.[111] Nesse sentido, o conteúdo do direito é basicamente relativo. O benefício, porém, tem de assegurar a existência física em cada caso e possibilitar a participação do indivíduo na vida social, cultural, política e jurídica.[112] Sob o ponto de vista da igualdade, o mínimo existencial tem de evitar uma exclusão e, na sequência, uma discriminação.[113] O montante dos benefícios tem de ser exequível e razoável com base em "métodos de cálculo conclusivos" e adequado a condições de vida modificadas.[114] Com isso, o Tribunal suplanta, em termo de conteúdo, a mera facilitação de uma participação na vida jurídica, tal como vinha sendo justificado com frequência no século XIX.

Ao lado da determinação substantiva do direito de reivindicar um social mínimo existencial, da subjetivação dessa norma num direito fundamental, a terceira função da dignidade humana é a elevação do direito para um direito humano que cabe a todas as pessoas de igual modo. A dignidade humana como critério de liberdade e igualdade proíbe uma diferenciação do mínimo existencial entre requerentes de

[108] BVerfGE 125, 175 – Hartz IV.

[109] BVerfGE (nota de rodapé 107), 222: O "objektiven Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt (vgl. BVerfGE 87, 209 [228]) und sie in solchen Notlagen nur durch materielle Unterstützung gesichert werden kann"; AXER (nota de rodapé 78), p. 335 (339, 341): O "der innovative Charakter der Entscheidung [liegt, SK] nicht nur in der Entwicklung der Maßstäbe für die Bemessung, sondern ebenso schon in der Konstruktion eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums". Também BVerfGE 132, 134, 159 – Lei de Gestão de Solicitantes de Asilo.

[110] BVerfGE (nota de rodapé 107), 175: O direito a um mínimo existencial: " ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden". BVerfGE 132, 134, 159 – Lei de Gestão de Solicitantes de Asilo.

[111] SEILER (nota de rodapé 23), p. 504: "Die Verfassung setzt somit den tragenden Grund, das einfache Gesetz liefert Inhalt und Schranken der Berechtigung"; VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 292; NEUMANN (nota de rodapé 92), p. 102.

[112] BVerfGE (nota de rodapé 108), 160.

[113] VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 284. Isso também inclui a ressocialização como reintegração na comunicação social; mais aprofundadamente também Anne Lenze, Die Gewährleistung des Existenzminimums von Kindern im föderalen System, NZS 2010, p. 534/536 ss. com especial referência ao mínimo existencial para crianças.

[114] BVerfG (nota de rodapé 107), 226.

asilo alemães e estrangeiros.[115] O Tribunal tem destacado esse aspecto numa decisão quanto à lei de benefícios para requerentes de asilo com veemência. O direito a um mínimo existencial digno é, portanto, um direito humano e não, como se pressupunha com frequência no século XIX, um direito civil.[116] Numa decisão atual, o Tribunal de Justiça da União Europeia destacou o significado desse direito como direito humano. Segundo essa decisão, não se permite qualquer diferenciação entre cidadãos do Estado-Membro e da UE, tampouco com relação a nacionais de países terceiros.[117] Portanto, uma compreensão comunitária do mínimo existencial, a qual iria conceder benefícios somente aos cidadãos do próprio Estado, é refutada em nome do princípio da dignidade humana.[118]

A evolução posterior da jurisprudência constitucional até a Lei relativa aos subsídios para requerentes de asilo,[119] esporadicamente chamada de "procissão saltitante",[120] diz respeito ao conteúdo do pedido, à margem de manobra legislativa e à sua possibilidade de revisão, mas não mais à justificação do direito. Aqui, o tribunal fortaleceu a margem de ação do legislador e exigiu apenas critérios que façam jus à realidade, conclusivos e concretos.[121] No entanto, a dignidade humana exige também não apenas uma análise generalizante, mas uma definição que considere as necessidades do indivíduo.[122] Nesse sentido, a dignidade humana possui também uma afirmação quantificadora.

Finalmente, no dia 5.11.2019, o TCFA teve de se ocupar do princípio de "promoção e exigência", portanto, da pergunta pela redução de benefícios sociais em casos de recusa de serviço exequível. Dessa forma, na mesma medida em que não perde sua dignidade jurídica quem age de maneira "ignóbil" (*peepshow*, *laserdrome*), tampouco perde aquele que, por sua culpa, vai parar numa situação de miséria da qual já não consegue sair por si só, a sua demanda por um mínimo digno de subsistência.[123] Mas quem se recusa a assumir um serviço cuja prática

[115] BVerfGE (nota de rodapé 108), 159.

[116] BVerfGE (nota de rodapé 108), 134, Ls. 2: "Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu".

[117] KANALAN (nota de rodapé 83), p. 366 ss.

[118] Também VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 251 (282).

[119] BORCHERT, Ernst-Jürgen. Die Menschenwürde ist unverbindlich. *Die Sozial- gerichtbarkeit*, n. 12, [p. 655-662], 2015. p. 655.

[120] BVerfGE (nota de rodapé 108) 134.

[121] BVerfG, 23. 7. 2014 – 1 BvL 10/12 u. a., nota de rodapé 73 – BVerfGE 137, 34 – necessidade padrão de garantir a existência; aqui, em particular, são diagnosticados déficits metodológicos na determinação empírica dos requisitos padrão; BORCHERT (nota de rodapé 118), p. 655 (658); SCHNATH, Matthias. Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums – Ein rechtspolitischer Ausblick nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2010. Neue Zeitschrift für Sozialrecht, n. 197, 2010. p. 297.

[122] WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157 e 162-166: Regelsätze sind ggf. durch Mehrbedarfszuschläge zu ergänzen.

[123] BVerwGE 29, 102 (104); 32, 271 ss.; 35, 350 ss.

não necessariamente corresponde às suas preferências, mas tampouco atenta contra a sua dignidade, pode ter 30% de redução nos benefícios sociais, porque esse serviço ainda poderia ter efeitos positivos na promoção do emprego.[124] O Estado não é obrigado a auxiliar quem consegue subsistir de maneira a preservar por si só a sua dignidade.[125] Isso corresponde ao raciocínio, já citado na história das ideias, de que faz parte da dignidade de uma pessoa ajudar a si mesma, quando isso for possível. Ora, com certeza ninguém pode paternalisticamente ser obrigado a agir de maneira digna se puder fazê-lo por conta própria, mas não estiver disposto a fazê-lo;[126] todavia tampouco o Estado tem de ajudar o indivíduo se ele agir voluntariamente – e, portanto, de acordo com sua dignidade – de maneira indigna. O auxílio do Estado serve para garantir uma existência digna. Com certeza, o indivíduo não pode ser obrigado a aceitar um trabalho vil, ou então ser impedido de desempenhar uma ocupação considerada por muitos como indigna.[127] Nesse sentido, o lado negativo da dignidade humana é suficiente. Mas quem se apercebe de sua dignidade como pessoa ao escolher, entre a opção de um trabalho exequível e o desemprego, a não ocupação, não se encontra numa situação existencialmente precária com relação à sua dignidade. Nesse caso, o auxílio do Estado pode ser cortado em 100%.[128] Portanto, não se deve ajudar contra a sua vontade a quem consegue ajudar-se por si só, (paternalismo), tampouco se deve ajudá-lo com base em sua vontade.[129] Ambas as atitudes são a consequência de um Estado social construído na base da dignidade. No primeiro caso, o indivíduo seria instrumentalizado contra a sua vontade para o seu próprio bem; no segundo caso, a ação do Estado estaria subordinada à vontade particular do indivíduo. Em ambos os casos, o limiar entre o indivíduo e o Estado seria ultrapassada em detrimento de um ao outro e da dignidade humana. No entanto, o beneficiário seria instrumentalizado e, dessa forma, ferido em sua dignidade, se "o compromisso

[124] BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16; BVerfGE 152, 68 – Sanktionen im Sozialrecht.

[125] Sobre isso também GANTER (nota de rodapé 91), p. 113-118.

[126] Consultar também KIRSTE, Stephan. Harter und Weicher Rechtspaternalismus: unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik. *Juristen Zeitung*, ano 66, n. 17, p. 805-814, set. 2011. p. 805; para a dimensão jurídico-social HUSTER, Stefan; RUX, Johannes. GG. Art. 20 Sozialstaat. *In:* EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. Munique: C.H. Beck, 2020. Rn. 215.

[127] Isso se aplica em particular a fontes imorais de renda, WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157-167.

[128] Dessa forma, também BVerfGE 152, 68 – sanções em direito social, e LÜBBE-WOLFF, Gertrude. Menschenwürde weggewogen?. *Verfassungsblog: on matters constitutional*. Disponível em: https://verfassungsblog.de/menschenwuerde-weggewogen/. Acesso em: 17 ago. 2023. WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157-167: "Die den Anspruch auslösende Hilfebedürftigkeit beruht auf der Unfähigkeit des Empfängers, mit eigenen Mitteln der Notlage zu begegnen".

[129] A ligação à dignidade humana vai assim mais fundo do que uma abordagem baseada na teoria da discriminação, porque afirma a razão de ser da igualdade de tratamento e evita ver o destinatário da ajuda apenas como uma vítima. Em vez disso, ele é tratado como uma pessoa cuja dignidade inclui ser fundamentalmente responsável por si mesmo, LÜBBE-WOLFF, *ibidem*, p. 157-158.

para a garantia do mínimo existencial também fosse relativizado para alcançar objetivos de outra natureza".[130]

Com base na análise da jurisprudência do TCFA e do desenvolvimento do direito à segurança dos meios de subsistência na filosofia do direito do século XIX, pode-se confirmar, dessa forma, a tese de que a dignidade humana possui uma função justificadora, qualificadora e quantificadora com relação ao direito a um mínimo existencial social digno. Ela demanda a concessão de um mínimo existencial. Ela é útil como direito individual, mas também como participação digna em processos sociais centrais e da própria existência física. Ao mesmo tempo, porém, ela limita o teto dos benefícios no caso de quem não se dispõe a trabalhar.

III.3.2 Evoluções na literatura

Paralelamente ao reconhecimento e desenvolvimento da jurisprudência, cristalizou-se também na literatura, no decorrer do tempo, um entendimento dominante das bases constitucionais e do texto do direito a um mínimo existencial digno. Nesse sentido, esta garantia é um conteúdo essencial do princípio do Estado social e representa uma de suas principais tarefas e obrigações.[131] A partir dessa perspectiva, argumenta-se que o indivíduo tem de estar em condições de levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade humana, e esse é o motivo pelo qual o direito à assistência social – que, ao menos na Alemanha, é considerado a principal expressão da garantia de um mínimo existencial – possui o caráter de um auxílio para a autoajuda. Sua meta não é a elaboração da dignidade humana em si, mas a sua proteção e o seu fomento.[132]

De qualquer forma, segue-se da correlação com a dignidade humana que a garantia factual de uma existência digna (vida em dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (a qual cobre o chamado mínimo necessário à sobrevivência e está em correlação direta com o direito à vida) e se encontra além do limiar da pobreza absoluta. Nesse sentido, argumenta-se que, se uma vida sem alternativas não corresponde às demandas da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência exterior.[133] Pode-se concordar

[130] BVerfG (nota de rodapé 123), Rn. 120. Também KANALAN (nota de rodapé 83), p. 365 e 414. Neste sentido WALLRABENSTEIN (nota de rodapé 88), p. 119: "Ein, sozialrechtlicher Squeeze-out' verträgt sich aber nicht mit der Menschenwürde. Die an ihr orientierte Logik des Sozialrechts, das das menschenwürdige Existenzminimum sicherstellt, darf nicht wegen migrationspolitischer Ziele verändert werden".

[131] ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. *In:* ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 1. ed. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987. p. 1062.

[132] NEUMANN (nota de rodapé 3), p. 425; WALLERATH (nota de rodapé 1), p. 157-167.

[133] Sobre isso: NEUMANN (nota de rodapé 3), p. 425-428. Não é permitido "Zwang zum Verharren in unwürdigen Lebenssituationen" desenvolvendo ou persistindo, NEUMANN (nota de rodapé 24), p. 287-295.

com Heinrich Scholler, cujo entendimento afirma que a dignidade humana só está salvaguardada ali "onde haja a possibilidade de uma existência que permita o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais, sobretudo onde haja a possibilidade de desenvolvimento da pessoa".[134] Com isso se demonstra uma vez mais que o direito a um mínimo existencial digno é a base para a concretização também dos outros direitos fundamentais.

No âmbito do debate jurídico na Alemanha, fica claro que há uma distinção importante (mesmo não sendo unânime nas ciências jurídicas) quanto ao contexto e ao alcance do mínimo existencial em si. Este último é subdividido num chamado mínimo fisiológico de subsistência, por um lado, e um chamado mínimo sociocultural de subsistência, por outro. O mínimo fisiológico de subsistência deverá salvaguardar a satisfação das necessidades básicas do tipo existencial e representa, de certa forma, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial.[135] Por sua vez, o mínimo sociocultural de subsistência vai além da já citada proteção básica. A princípio, ele visa a garantir ao indivíduo a mesma participação em eventos sociais, políticos e culturais.[136] Nessa perspectiva se argumenta – no âmbito de sua justificação constitucional – que o conteúdo essencial do mínimo existencial fisiológico é justificado diretamente por meio do direito à vida e à dignidade humana (e abrange, por exemplo, o suprimento básico ou os benefícios com relação à alimentação, vestimenta, alojamento ou moradia, saúde ou os meios indispensáveis à sua satisfação). Ao invés, o assim chamado mínimo sociocultural estaria baseado no princípio do Estado social e no princípio de igualdade, com relação ao seu conteúdo material.[137] Seria possível limitá-lo mais.

Destaca-se de forma positiva a classificação do direito por meio do TCFA como direito humano universal e a colaboração do Tribunal para a universalização dos direitos sociais.[138]

É claro que não faltaram nem continuam faltando críticas acerca dessa aplicação da lei. Baldus, por exemplo, acha "estranha" a derivação da demanda a partir da dignidade. Também "em estado de necessidades materiais graves, sofrendo fome, sede e frio, também sob o tratamento cruel e desumano de outras pessoas [...] o indivíduo tem alternativas de ação por meio das quais ele consegue comprovar sua capacidade racional, de viver em liberdade e de agir de forma ética", de forma

[134] SCHOLLER, Hubert. Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‚empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten. *Juristen Zeitung*, ano 35, n. 20, p. 672-677, out. 1980. p. 672-676: "wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht".

[135] VON ARNAULD (nota de rodapé 4), p. 251 (261); HUSTER; RUX (nota de rodapé 125), p. 216.

[136] Nesse sentido, SORIA (nota de rodapé 85), p. 644-647.

[137] Ver SORIA, *ibidem*, p. 644-648.

[138] KANALAN (nota de rodapé 83), p. 414-420.

que sua capacidade de autodeterminação não se perca.[139] Mas justamente nessa situação existe o perigo de que o indivíduo tenha de se oferecer a serviços que não têm mais nada a ver com a concretização de seu eu, e que o expõem à exploração pelos propósitos dos outros.[140] Também se critica a base empírica, a indeterminação do conteúdo e a falta de critérios.[141] A sentença teria trazido "pedras ao invés de pão"[142] e seria um "presente de grego[143] para o legislador".[144]

Mesmo que não haja um consenso dogmático total em alguns aspectos, trata-se, sim, do fato de que o direito alemão, à semelhança do âmbito da jurisprudência, está em acordo e unificado quanto ao ponto central deste texto, qual seja, que o direito a um mínimo material de subsistência em dignidade também e, sobretudo, se justifica pelo princípio da dignidade. Para além disso, tal como se verá a seguir, tanto as decisões do TCFA quanto as das ciências jurídicas influenciaram de forma decisiva a recepção e o desenvolvimento de um direito a um mínimo existencial em outros sistemas jurídicos. O desenvolvimento tanto da doutrina do direito a um mínimo existencial digno quanto da jurisprudência repete, assim, o desenvolvimento teórico do século XIX de um direito negativo a um "mínimo existencial" na direção de um direito positivo. A dignidade humana é a base desse direito. Ela o qualifica como um direito fundamental e humano e define, ao mesmo tempo, a abrangência de suas garantias.

IV Um olhar comparativo sobre outras garantias constitucionais do direito a um mínimo digno de subsistência

IV.1 O conteúdo do mínimo digno de subsistência

Tal como apresentado acima, a ideia de um compromisso do Estado quanto à segurança dos meios de subsistência e, mais tarde, de uma demanda para que este garanta os pressupostos materiais para uma existência digna foi reconhecida no decorrer do tempo em diversos sistemas jurídicos. No entanto, uma panorâmica

[139] BALDUS (nota de rodapé 3), p. 232; crítica neste sentido também ENDERS, Artikel 1: Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtspositivität (nota de rodapé 7), Rn. 115.
[140] ENDERS, *ibidem*, p. 232.
[141] BORCHERT (nota de rodapé 118), p. 656; GANTER (nota de rodapé 91), p. 113 (118, 116); HUSTER; RUX (nota de rodapé 125), Rn. 216.2.
[142] SCHNATH (nota de rodapé 120), p. 297.
[143] Traduzido do original "Danaergeschenk für den Gesetzgeber".
[144] ROTHKEGEL, Ralf. Ein Danaergeschenk für den Gesetzgeber. *Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis (ZFSH/SGB)*, ano 49, 2010. p. 135ss.

constitucional de alguns exemplos de institutos correspondentes mostra que, apesar de algumas especificidades, o conceito desenvolvido na Alemanha foi amplamente aceito. O art. 12 da Constituição suíça[145] ou o §19 da Constituição da Finlândia mostram isso.[146] Na base das experiências alemãs, é possível perceber ao menos dois aspectos essenciais, os quais, em última análise, influenciaram de forma decisiva o desenvolvimento posterior.

O primeiro tem a ver com o conteúdo do chamado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se define como mínimo vital ou de sobrevivência. Este último se refere à garantia da vida humana, sem abarcar, necessariamente, as condições materiais para uma vida com determinada qualidade, qual seja, para uma vida em dignidade. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (garantias materiais para uma vida digna) se impuseram não apenas na Alemanha, mas também na jurisprudência e no direito de outros países.

No contexto europeu, esse é o caso em Portugal, como o ilustra uma sentença do Tribunal Constitucional português. Nessa decisão, o Tribunal reconhece tanto um direito negativo quanto um positivo a um mínimo daquilo que se necessita para uma sobrevivência digna. Assim, o Estado não pode privar uma pessoa do mínimo social para uma vida digna a uma pessoa se ela tiver ganho os meios correspondentes para tal; ele tem de assegurá-los também por meio de benefícios materiais, se ela não conseguir adquiri-los.[147] O Tribunal Constitucional português definiu nessa decisão a diferença entre um direito fundamental, alocado ao direito à vida, a um mínimo fisiológico (mínimo vital) e o direito fundamental a um mínimo para uma vida digna (mínimo para uma existência condigna), justificado com a dignidade humana, o qual também abrange um mínimo sociocultural.[148] Ao mesmo tempo, o

[145] "Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind".

[146] "Jeder, der nicht in der Lage ist, sich den für ein menschenwürdiges Leben erforderlichen Unterhalt zu verdienen, hat das Recht auf notwendiges Auskommen und notwendige Fürsorge"; sobre isso também SORIA (nota de rodapé 85), p. 644-646.

[147] *Vide* Decisão nº 509/2002 do Tribunal Constitucional português (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2003:031:FULL&from=) sobre a renda para uma inclusão social e os comentários de ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 403; MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa. *In:* MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge (Org.). *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Universidade Católica Editora, 2005. p. 639-640; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 328; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Controlo judicial das restrições aos direitos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 7, n. 3, p. 66-94, dez. 2020. p. 70 ss., com referência a decisões anteriores, que já haviam reconhecido um direito fundamental a um nível de subsistência decente, embora em condições e contextos diferentes.

[148] RIBEIRO (nota de rodapé 145), p. 72 ss.

mínimo existencial (mínimo para uma existência condigna) deverá representar um limiar absoluto da margem de ação do legislador.[149]

Também o Tribunal Constitucional espanhol – embora não tendo reconhecido, nessa ocasião, um direito a benefícios como tal, conforme ocorrera em Portugal – constatou em sua Decisão de nº 113/1989:[150]

> É incompatível com a dignidade humana se a execução dos direitos de propriedade levar a que se sacrifique o mínimo vital do devedor, privando-o dos meios necessários para a concretização dos seus objetivos pessoais. Isso justifica, entre outras questões, a impossibilidade de penhorar bens e direitos como limite à execução das decisões judiciais transitadas em julgado.

Além disso, a dignidade humana deverá abranger, em matéria de conteúdo, não apenas alguns direitos imateriais, mas também direitos materiais (patrimoniais) que assegurem uma vida digna.

Numa outra sentença (nº 158/1993),[151] o Tribunal Constitucional espanhol tinha de decidir acerca da constitucionalidade da lei de pensões de ex-combatentes feridos. Isso se referia à exclusão, prevista no art. 12 dessa lei, da penhora, reparação, retenção ou desconto da pensão. A lei foi considerada constitucional porque, nos casos de garantia da dignidade humana, o legislador está obrigado a tomar tal decisão. Nesse caso, tratava-se da preservação do mínimo existencial do combatente reformado e de sua família. De fato, o Tribunal não fala expressamente de um mínimo digno de subsistência, mas relaciona o chamado "mínimo vital" (mínimo para viver) à dignidade humana, de forma que não se trate apenas de uma salvaguarda do mínimo fisiológico de subsistência.

Numa sentença de 15.2.2012 (Sentença de nº 19/2012),[152] tratava-se do mínimo existencial isento de impostos. Nela, o Tribunal Constitucional explicita:

> Um Estado que se diz "constitucional, social e democrático" não pode ser chamado de justo se, a pretexto da obrigação de contribuir para as despesas gerais, priva os seus cidadãos do seu sustento através do seu sistema fiscal, porque ele não só perderia a sua legitimidade política e democrática, mas também atentaria contra a essência da dignidade humana. Além disso, o tribunal afirma: "A obrigação cons-

[149] RIBEIRO, *ibidem*, que, no entanto, não considera o prazo mínimo adequado.
[150] Sentença 113/1989, 22.6.1989 (https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1989-17478.pdf).
[151] Acórdão 158/1993, 6.5.1993 (https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2287).
[152] Sentença 19/2012, 15.2.2012 (https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/22762).

> titucional de contribuir para a manutenção das despesas públicas legitima os poderes públicos, enquanto garantidores da dignidade da pessoa e da proteção da família, a não tributar o rendimento das pessoas até à sua primeira unidade econômica,[153] mas apenas para além de um mínimo vital de subsistência, absolutamente protegido contra a ação do Estado, e que deve permitir aos cidadãos satisfazer as suas necessidades mais básicas para assegurar uma existência digna".

À diferença do Brasil (para citar apenas um exemplo), na Espanha o Tribunal Constitucional não aceita qualquer reivindicação do cidadão perante o Estado (no sentido de um direito subjetivo ao benefício).[154]

Pode-se identificar o mesmo princípio também fora da Europa, como o demonstram os exemplos do Brasil,[155] da Colômbia[156] e do Peru, na América Latina. A ideia do direito a um mínimo existencial digno não é discutida apenas da literatura jurídica, mas é objeto também de uma abundante jurisprudência. Tal como na Alemanha e em Portugal, essa ideia é derivada dos respectivos textos constitucionais, embora não seja citado ali especificamente como direito fundamental independente, o qual, como na Alemanha e em Portugal, foi derivado de um direito a um mínimo existencial digno. Também o direito constitucional da África do Sul, citado com frequência, segue essa orientação.[157]

Apesar de certa semelhança das bases constitucionais com a Constituição, que se baseiam no direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, devem-se destacar dois aspectos: de um lado, os Tribunais brasileiros e também os de outros países têm obrigação de garantir ao indivíduo um mínimo social num nível constitucional e, portanto, antes de decisão legislativa; por outro lado, é

---

153 Como a tradução literal pode ser confusa para o público não espanhol, explica-se aqui que o que se entende por primeira unidade econômica é a primeira unidade monetária (euro) de renda, no sentido do mínimo existencial, que não pode ser tributado.

154 CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Org.). *Manual de Derecho Constitucional*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2010. v. II. p. 315 ss.

155 Para maiores detalhes no Brasil, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 317. Em comparação com a Constituição, ver BARBOSA, Ana Paula Costa. *Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988*: Ein Rechtsvergleich. Münster-Berlin: Lit, 2008.

156 Ver ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta; HERRERA, Clara Burbano; LAMPREA, Everaldo; RUEDA, Pablo. *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Bogotá: DC Colombia Universidad de los Andes, 2002. Ver também DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia; DUQUE QUINTERO, Mónica; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricia. Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial. *Encuentros*, v. 17, n. 1, p. 80-95, jun. 2019. p. 80.

157 LIEBENBERG, Sandra. *Socio-economic rights*: adjudication under a transformative constitution. Cape Town: Cambridge University Press, 2010. p. 97.

tarefa do legislador definir a forma dessas determinações ou benefícios, seu teto máximo, as condições para a sua fruição etc. Acerca desse mínimo existencial os Tribunais poderão, então, decidir por meio do legislador nos casos de omissão ou desvio de função.[158] Esta margem de ação do legislador é limitada se a garantia de uma norma mínima que assegure as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for cumprida, ou seja, se estas ficarem abaixo deste limiar. Nesse caso, o mínimo existencial (tal como o núcleo essencial dos direitos sociais), numa releitura do famoso quadro de Ronald Dworkin, pode ser considerado uma espécie de trunfo contra a maioria e se torna proibição de tamanho menor.[159]

Por sua vez, essa orientação foi aceita por uma parte significativa das ciências jurídicas e da jurisprudência na América Latina como estando correta em sua essência, tal como demonstram as importantes discussões a respeito na África do Sul,[160] no Brasil,[161] na Colômbia[162] e no Peru.[163]

IV.2 A relação entre o direito a um mínimo existencial digno e outros direitos sociais

As constituições dos países citados não asseguram o direito a um mínimo existencial digno de forma explícita como sendo um direito fundamental e, por conseguinte, tampouco podem regulamentar a sua relação com os direitos sociais. Os direitos humanos sociais individuais em si (como exemplo, à assistência social, assistência médica, moradia, seguridade social, salário mínimo para trabalhadores etc.) abarcam somente algumas dimensões do mínimo existencial, embora não possam nem devem simplesmente ser reduzidos a formas de implementação e garantia do mínimo existencial. Mas justamente nesses países é que se mostra que a relação entre mínimo existencial e direitos fundamentais nem sempre é óbvia, e que essa relação contém aspectos que exigem maiores reflexões, a começar pela necessidade de voltar ao conceito de mínimo existencial, se a totalidade dos direitos sociais abranger todas as suas possíveis expressões.[164]

---

158 Conforme MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos*: liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na constituição portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007. p. 143. Também sobre a situação jurídica no Brasil SARLET (nota de rodapé 153), p. 317.

159 Nesse sentido, NOVAIS (nota de rodapé 145), p. 319.

160 Mais aprofundadamente SARLET (nota de rodapé. 153), p. 317.

161 Para comentários sobre a jurisprudência constitucional em Colômbia, consultar ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta; HERRERA; LAMPREA; RUEDA (nota de rodapé 155) e QUINTERO; QUINTERO; SÁNCHEZ (nota de rodapé 155), p. 80.

162 Veja a jurisprudência da Corte Constitucional peruana mencionada a seguir.

163 Conforme WALTER (nota de rodapé 60), p. 179.

164 Sobre a relação entre direitos sociais e econômicos e conteúdo do mínimo existencial, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Menschenwürde und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des

De modo semelhante ao caso da dignidade humana, a qual não pode simplesmente ser tratada como direito fundamental abrangente para os direitos fundamentais, tampouco o mínimo existencial, mesmo se remetendo a uma disposição constitucional na qual está ancorada uma série de direitos sociais, pode ser considerado totalmente intercambiável com os direitos sociais. Justamente esses direitos sociais é que deveriam, antes, ser entendidos como estando independentes do direito a um mínimo existencial digno, por causa de sua ligação com a dignidade humana.[165] Em contraposição a isso, defende-se nas ciências jurídicas e na jurisprudência não raramente a tese de que o mínimo social de subsistência para uma vida digna – compreendido como a totalidade de providências ou benefícios materiais imprescindíveis para a garantia de uma vida digna – representa o cerne dos direitos fundamentais sociais, protegido de quaisquer interferências por parte do Estado e da sociedade.[166] No entanto, esse ponto de vista da inter-relação entre a dignidade humana e os direitos sociais tem também suas desvantagens. Claro que ele poderia contribuir para definir a essência dos direitos sociais, sobretudo em função dos aspectos que são protegidos de interferências restritivas do Estado e, dependendo das circunstâncias, até mesmo de atores privados. Ao mesmo tempo, porém, ele não impede o caráter independente dos direitos fundamentais sociais. Pois se o cerne dos direitos e o mínimo existencial estiverem em plena concordância, o caráter fundamental dos direitos sociais iria se reduzir ao seu conteúdo no mínimo existencial. Mas parece óbvio que eles não deverão se limitar a isso. Esta concepção foi assumida a partir de uma importante doutrina jurídica que aplica esse critério em alguns casos até mesmo como fator para a distinção entre os direitos fundamentais e os outros direitos sociais. Assim, esses direitos sociais não seriam sequer direitos fundamentais, na medida em que suplantam o mínimo existencial.[167]

Esta compreensão da relação entre o direito a um mínimo existencial digno e os direitos sociais tem de ser, no entanto, refutada, uma vez que há, em diversas

Existenzminimums. *In:* KIRSTE, Stephan; DE SOUZA, Draiton Gonzaga; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Menschenwürde im 21*. Jahrhundert. p. 143-174. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 165; neste sentido também HENNIG-LEAL, Monia. Menschenwürde und "Existenzminimum" in der Rechtsprechung des brasilianischen Supremo Tribunal Federal im Kontext der Verrechtlichung von Recht und Politik. *In:* KIRSTE, Stephan; SOUZA, Draiton Gonzaga de; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Menschenwürde im 21*. Jahrhundert. p. 175-198. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 175; HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (Org.). *Direito público no Mercosul*: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205.

165 SARLET (nota de rodapé 162), p. 165.

166 Consultar ainda MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. *In:* GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. p. 379-424. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 412.

167 Este ponto de vista é representado, por exemplo, por TORRES (nota de rodapé 79), p. 40, 53.

constituições, direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), que não correspondem a exigências concretas da dignidade humana e que, por conseguinte, não podem ser consideradas exigências universais ou passíveis de universalização.[168] Por isso partimos do princípio de que o direito a um mínimo existencial digno não necessariamente é equiparado com a essência de outros direitos sociais. A partir dessa perspectiva, defendemos a convicção de que todos os direitos fundamentais têm um cerne essencial (essência), que não coincide com o seu teor de dignidade humana (resp. no caso de direitos sociais com o mínimo existencial). Conforme o direito fundamental, tal não exclui uma relação mais forte ou mais fraca da dignidade humana em relação ao mínimo existencial, da qual se podem e devem derivar consequências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais.[169] No entanto, todos os direitos sociais colaboram, em situações sociais variadas, para a dignidade humana. Além disso, esses direitos sociais são direitos humanos somente quando podem ser derivados da dignidade humana. A dignidade pode qualificá-los como direitos humanos.

Naqueles sistemas constitucionais que dispõem de um amplo catálogo de direitos sociais deveria se destacar, portanto, o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (como direito autônomo). É claro que o mínimo existencial – como demonstra o desenvolvimento do direito e da jurisprudência em diversos países – age como um critério material relevante (mesmo que não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais e para a decisão. Em muitos casos, trata-se de uma sentença de ponderação acerca do quanto de determinações ou benefícios sociais devem ser salvaguardados não só contra as decisões do legislador e da administração, mas também no âmbito da revisão de decisões jurídicas.

IV.3 Outros exemplos da correlação entre a dignidade humana e o direito a um mínimo digno de subsistência

Para visualizar esse aspecto, serão listados alguns exemplos do âmbito da jurisprudência constitucional que não têm relação com as experiências na Alemanha, citadas acima.

Comecemos com a África do Sul. A seção 39 da Constituição sul-africana de 1996 prevê que "(1) na interpretação do *Bill of Rights*, qualquer Corte, Tribunal ou Fórum - (a) deverá promover os valores subjacentes a uma sociedade aberta e

[168] Mais aprofundadamente conforme SARLET (nota de rodapé 162), p.146.

[169] SARLET (nota de rodapé 153). Neste sentido, ou seja, adotando a tese de uma distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (incluindo direitos sociais): HENNIG-LEAL (nota de rodapé 162), p. 175 e IURI BOLESINA, p. 547.

democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade". Isso inclui também direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos, além da definição dos padrões sociais mínimos.[170] Um dos casos mais importantes julgados pelo Tribunal Constitucional sul-africano é Soobramoney contra o Ministério da Saúde (KwaZulu-Natal). Ali consta: "A Constituição nos compromete a modificar as 'condições lamentáveis' e a 'enorme pobreza' na qual vivem essas pessoas, para fazer valer os valores da dignidade humana, da liberdade e da igualdade".[171] O outro é o famoso processo judicial Grootboom,[172] que tratava do direito a uma moradia e no qual constava: "O Tribunal se apoia, sobretudo, no valor da dignidade humana, para justificar os elementos do exame de razoabilidade, o qual exige medidas que atendam às necessidades dos mais desesperados".[173] Numa outra decisão (Khosa and Others *v.* Minister of Social Development and others) – objeto da causa era o direito à seguridade social, incluindo a assistência social –, o Tribunal destacou que "os direitos sociais e econômicos fundamentais em nossa Constituição estão intimamente ligados aos valores da dignidade humana, da igualdade e da liberdade".[174] À diferença do Brasil e de outros países, como exemplo, Peru e Colômbia, mas também Alemanha e África do Sul, a jurisprudência constitucional não reconhece um direito fundamental autônomo à garantia de um mínimo existencial digno. Tampouco se presumem quaisquer direitos subjetivos originais a benefícios sociais diretamente derivados da Constituição.

Na Colômbia, por fim, o art. 1 da Constituição de 1991 prevê que o país seja um Estado social de direito, o qual, ao lado de outros valores e fundamentos, está baseado na dignidade humana. A correlação entre a dignidade humana e os direitos sociais também se faz em outras disposições. Dessa forma, por exemplo, o art. 25 prevê que toda a pessoa tenha direito a trabalho em condições dignas e justas. O art. 51 garante a cada pessoa o direito a uma moradia adequada. Para além disso, o art. 53 determina que contratos, acordos e convenções de trabalho não podem deixar de lado a liberdade, a dignidade e os direitos dos trabalhadores. No decorrer do tempo, o Tribunal Constitucional tomou centenas de decisões em correlação com o mínimo existencial e os direitos sociais. Ele utiliza o conceito

[170] LIEBENBERG (nota de rodapé 155), p. 97.

[171] Thiagraj Soobramoney *v.* Minster Of Health (Kwazulu-Natal), Case Number: CCT 32/97 (https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2038/Full%20judgment%20%28260%20Kb%29-1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

[172] Government of the Republic of South Africa and Others *v.* Grootboom and Others. Case Number: CCT 11/00, 4.10.2000 (https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2107).

[173] LIEBENBERG (nota de rodapé 155), p. 100.

[174] Khosa and Others *v.* Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another *v.* Minister of Social Development. Case Number: CCT 12/03, 4.3.2004 (https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2210).

"mínimo existencial" no sentido de condições materiais que também correspondem às exigências da dignidade humana. Entre muitos exemplos, temos sentenças que destacam o caráter fundamental do direito a um mínimo existencial digno em função de sua estreita ligação com a dignidade humana, a garantia de trabalho, segurança social e uma vida digna.[175] Numa outra decisão, releva-se o direito à formação acadêmica e sua ligação com o direito ao trabalho, ao mínimo existencial e à autonomia das pessoas, para lhes possibilitar a escolha de uma profissão (Sentença T-064/2018).[176] O direito à aposentadoria por invalidez, que está ligado à garantia de um mínimo existencial e de uma vida digna para pessoas que necessitam de cuidados especiais, também deverá ser assegurado.[177]

A Constituição peruana, que também contém um catálogo de direitos sociais, remete de forma indireta à dignidade humana e, em alguns casos, até a um mínimo necessário à sobrevivência. Dessa forma, o art. 7 trata do direito à proteção da saúde e reza que pessoas com deficiências tenham o direito ao respeito de sua dignidade. No art. 10, reconhece-se um direito universal e progressivo à segurança social, que visa a melhorar a qualidade de vida das pessoas. E, por fim, consta, no art. 13, que "a meta da formação é o desenvolvimento pleno da pessoa [...]". Também o Tribunal Constitucional peruano sempre estabeleceu uma ligação entre os direitos sociais com a dignidade humana e a garantia de condições que possibilitem uma vida em dignidade. Num caso paradigmático do ano de 2005, tratava-se de um direito fundamental à aposentadoria e os critérios para a determinação de conteúdo e montante dessa aposentadoria.[178] Decidiu-se que o direito fundamental a uma aposentadoria evidencia uma estreita correlação com o chamado "mínimo vital", e que esta aposentadoria possibilita uma vida digna. Na mesma direção vai também a Sentença 00525-2011,[179] que, por sua vez, se baseou no caso de precedência de 2005. Numa sentença mais recente, de 12.2.2019,[180] o Tribunal Constitucional reconheceu um direito fundamental à alimentação adequada e remeteu à sua argumentação anterior (do caso acima), acrescentando os seguintes motivos:

[175] Sentença T-256/19, 6.6.2019 (https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/T-256-19.htm).
[176] Sentença T-064/18, 26.6.2018 (https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-064-18.htm).
[177] Sentença T-065/20, 18.2.2020 (https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-065-20.htm).
[178] Tribunal Constitucional de Peru (2005, 3 de junho). Sentencia del Tribunal Constitucional del Peru. Expediente Nº 050-2004-AI/TC 051-2004-AIITC 004-2005-PI/TC 007-2005-PI/TC 009-2005-PI/TC, acumulados (https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf).
[179] Tribunal Constitucional de Peru (2011, 19 de abril). Sentencia de Tribunal Constitucional del Perú. Expediente nº 00525-2011-AA (https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00525-2011-aa).
[180] Tribunal Constitucional (2019, 12 de fevereiro). Sentencia del Tribunal Constitucional (caso Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa). Expediente nº 01470-2016-PHC/TC (https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf).

> De fato, tal como expresso por este Tribunal Constitucional na decisão do processo 0008-2003-A1/TC, ponto 12, "o Estado peruano, definido pela Constituição de 1993, tem as características fundamentais de um Estado constitucional democrático e social. Nesta estrutura, destacam-se dois aspectos fundamentais: a existência de condições materiais mínimas para a realização do seu orçamento e a identificação do Estado com fins sociais". De igual modo, tem afirmado que essas condições materiais mínimas 'devem assegurar a igualdade de oportunidades em todos os níveis da sociedade, bem como neutralizar situações discriminatórias que atentem contra a dignidade humana; por isso, a concretização dessas condições materiais mínimas de existência exige a intervenção do Estado e da sociedade como um todo' (EXP. STC n.º 01470-2016-PHC/TC, Base Legal 23)".[181]

Esta decisão está em consonância com as anteriores. No entanto, tampouco no Peru o Tribunal Constitucional aceita qualquer direito fundamental autônomo e implícito a um mínimo existencial digno. Ele compreende, porém, o "mínimo vital" (i.e., mínimo existencial) como derivação do princípio do Estado social e dos direitos sociais. Para além disso, o direito é entendido, em outros casos, como uma dimensão quantitativa do direito fundamental a uma aposentadoria.[182]

Na Constituição portuguesa, em que o direito a um mínimo existencial digno tampouco está ancorado de forma explícita, aceita-se, no entanto, um direito a um mínimo existencial digno por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional. No art. 1 consta: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade humana e na vontade popular, empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Na seção do catálogo de direitos fundamentais, dedicada aos direitos, liberdades e garantias, destaca-se o art. 13, no qual se lê: "Todo cidadão possui a

[181] Compara-se com o julgamento: STC EXP. No. 01470-2016-PHC/TC texto extraído em espanhol: "En efecto, tal y como este Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-A1/TC, fundamento 12,,el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, y en cuya configuración adquieren relieve dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social. 'Asimismo, ha dejado sentado que estas condiciones materiales mínimas', buscan garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto" (STC EXP. nº 01470-2016-PHC/TC, fundamento jurídico 23) (https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html).

[182] *Vide* Erika García Cobián, Manuskript über die Rechtsprechung des peruanischen Verfassungsgerichts zum "Mínimo Vital", 2022, p. 1 - 3.

mesma dignidade social e é igual perante a lei". Na seção sobre os direitos sociais, econômicos e culturais lê-se, no art. 59:

> Todo trabalhador tem, sem diferença de idade, gênero, raça, nacionalidade, origem, religião ou convicção política e filosófica, o direito a: um salário correspondente ao alcance, ao tipo e à qualidade de seu trabalho, preservando-se o princípio do salário igual para igual trabalho e na forma que se garanta um sustento adequado [...].

Sobre o direito à proteção da saúde, lê-se, no art. 64, 2, b:

> O direito à proteção da saúde se concretizará: [...] por meio da criação de condições econômicas, sociais, culturais e ecológicas, as quais assegurarão, sobretudo, a proteção da infância, da juventude e da velhice; por meio do sistemático aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho [...].

Por fim, segundo o art. 65, "toda pessoa tem o direito a uma moradia de tamanho adequado para si e sua família, que ofereça condições higiênicas e confortáveis e preserve a esfera pessoal e familiar". Na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, não existem, de fato, muitas sentenças sobre esse assunto, mas um direito à garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna foi reconhecido em diversos contextos. Um exemplo disso é a decisão que reconhece a impossibilidade de utilização de pensão social se o mínimo necessário para uma vida digna estiver sob proteção deficiente (cf., p. ex., Sentença nº 252 de 2001),[183] tal como a importante Sentença nº 502 de 2002,[184] na qual o Tribunal reconhece o direito de exigir do Estado o mínimo básico para uma vida digna em forma de provisões ou benefícios.

Por fim, falemos do Brasil. A Constituição de 1988 define, no art. 170, que "a ordem econômica, fundada no reconhecimento do valor do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma vida digna, conforme os ditames da justiça social, respeitando os seguintes princípios". A partir daí, reconheceu-se amplamente, na respectiva literatura e por parte da jurisprudência, tanto um direito a um mínimo existencial quanto uma garantia. Isso vale, sobretudo, na relação com os direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ecológicos,

[183] Acórdão 252/01, 29.5.2001 (http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010252.html?impressao=1).
[184] Acórdão 502/2002, 6.12.2022 (https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020502.html).

incluídos com grande abertura na Constituição.[185] O Supremo Tribunal Federal, que também exerce a jurisdição constitucional, tem se ocupado, por exemplo, de um grande número de casos em que se tratava, entre outros, do direito à saúde,[186] à formação,[187] à educação,[188] à seguridade social (aposentadoria),[189] à assistência social,[190] ao meio ambiente (mínimo ecológico de existência),[191] ao cuidado,[192] à proteção de crianças e adolescentes,[193] tanto quanto à proteção do mínimo existencial com relação à tributação.[194] Em todos esses casos foi reconhecida a garantia de um mínimo existencial digno, determinado como sendo constitucional (com *status* de direito fundamental). Assim se estabelecia, via de regra, uma ligação com os respectivos direitos sociais fundamentais.[195] Nessa correlação, entende-se o mínimo existencial no sentido da tradição alemã, qual seja, como um mínimo existencial não apenas fisiológico, mas ao mesmo tempo sociocultural com *status* autônomo de direito fundamental, baseado na dignidade humana. Apesar desse reconhecimento, a práxis jurídica quase sempre iguala o mínimo para uma vida digna à essência dos direitos sociais fundamentais. Tal como já foi citado, isso suscita críticas na literatura. Além disso, a dignidade é utilizada como sendo de interesse para uma ponderação em relação a outros direitos fundamentais e princípios e bens jurídicos constitucionalmente garantidos. Aqui se mostra mais uma correlação com a dogmática alemã dos direitos fundamentais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a ligação com a polêmica proibição de proteção deficiente.[196] Nesse sentido, uma transgressão contra o mínimo existencial digno

185 O art. 6º da Constituição brasileira contém os seguintes direitos sociais básicos, que são mais ou menos regulamentados em outros artigos da Constituição e não excluem outros direitos básicos (por exemplo, o direito à proteção ambiental): educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social (pensão), proteção à maternidade e à infância e direito ao sustento dos necessitados (assistência social) (https://www.verfassungs.net/br/verf88-i.html).

186 STA nº 175, 17.3.2010, (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255); RE nº 566.471, 2019, 26.10.2021 (https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078); ADPF nº 890 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759622428).

187 RE nº 600.419, 2009, 3.9.2022 (https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2681577).

188 ARE nº 639337 AgR, 2011, 4.12.2014 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901).

189 ARE nº 664335, 4.12.2014 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901).

190 RE nº 567985, 18.4.2013 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447).

191 Rcl. nº 25.225, 31.5.2017 (https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311946150&ext=.pdf).

192 RE nº 567.985, 18.4.2013 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447).

193 AgIn nº 583.136, 11.11.2008 (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho106141/false).

194 RE nº 397.744, 15.10.2009 (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120312/false).

195 *Vide* por exemplo RE nº 566.571/RN, "das Recht auf Gesundheit, als Recht auf ein Existenzminimum, ist ein Grundrecht", e o direito a um mínimo existencial compreendido como "ein Recht auf minimale Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben".

196 Sobre o tema observar sobretudo ANDRADE, Adriano. *Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 193 ss.

também é compreendida como uma violação da proibição de proteção deficiente, derivada das obrigações protetivas estatais.[197]

Remetendo ao comprometimento do mínimo existencial, aos direitos e princípios conflitantes (incluindo a reserva do possível – também adotada da Alemanha), a jurisdição constitucional brasileira não entende que isso seja um obstáculo à derivação da demanda por benefícios originários. Portanto, via de regra, reconhece-se a prioridade dos direitos sociais fundamentais, como direitos subjetivos ao benefício e ligados ao mínimo existencial.[198] Tal como em Portugal e em outros exemplos citados (Peru, Colômbia), concede-se ao mínimo existencial uma função de direito de defesa, mas também como direito ao benefício, sobretudo como critério de reconhecimento de uma proibição de retrocesso social (também com vistas ao mínimo existencial ecológico),[199] valendo, contudo, também em outros âmbitos, como exemplo, a já citada limitação do poder de tributação do Estado.

V Resumo

Como foi demonstrado nessa parte (II), dedicada às bases filosóficas, o valor da dignidade humana é de grande importância para a justificação de um direito a um mínimo existencial, o qual é compreendido como direito a um mínimo social que concede uma existência digna. Dessa forma, trata-se de um direito aos pressupostos materiais para o desenvolvimento autônomo da personalidade. Isso significa que o indivíduo como pessoa jurídica é um fim em si mesmo e não mero objeto do Estado e da sociedade. Enquanto a dignidade humana pode ser compreendida como o direito ao reconhecimento como sujeito jurídico que deverá poder decidir por si só acerca do exercício de seus direitos, o direito ao mínimo existencial social digno é um direito às condições mínimas para este exercício dos direitos, se o indivíduo consegue adquiri-los ele mesmo.

Esta perspectiva foi reconhecida e desenvolvida no nível legislativo, jurisprudencial e doutrinal, tanto no direito internacional como no direito nacional, embora nem sempre ao mesmo tempo e da mesma forma. Isto não se deve apenas ao fato de algumas constituições não mencionarem explicitamente o direito a um nível de subsistência digno, mas também à forma como o direito foi concretizado e

[197] ARE nº 745.745, 2.12.2014 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923).

[198] STA nº 175, 17.3.2010 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255).

[199] Vide, por exemplo, STA nº 233 AgR, Berichterstatterin Richterin Ellen Gracie, 14.4.2008 e ARE nº 745745, Ministro Celso de Mello, 2.12.2014 (https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062).

protegido, bem como à forma como foi ligado a outros direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, econômicos, culturais e até ecológicos. Foi possível demonstrar como a dignidade humana desempenha um papel central neste direito para a subjetivação das obrigações do Estado social, para a incondicionalidade da concessão de benefícios mínimos para uma existência digna, para a qualificação como direito humano fundamental e, por conseguinte, também para a delimitação factual de outros direitos sociais.

Referências

AHRENS, Heinrich. *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staate*. Wien: [s.n.], 1870.

ANDRADE, Adriano. *Proibição de proteção insuficiente e responsabilidade civil ambiental*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta; HERRERA, Clara Burbano; LAMPREA, Everaldo; RUEDA, Pablo. *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Bogotá: DC Colombia Universidad de los Andes, 2002.

ARENDT, Hannah. *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*: Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft. Munique: Piper, 1986.

AUGSBERG, Ino; LADEUR, Karl-Heinz. *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*: Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008.

AXER, Peter. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen. *In*: ANDERHEIDEN, Michael; KEIL, Rainer; KIRSTE, Stephan; SCHÄFER, Jan P. (Org.). *Verfassungsvoraussetzungen*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. p. 335-353.

BACHOF, Otto. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1954. v. 12.

BALDUS, Manfred. *Kämpfe um die Menschenwürde*. Berlim: Suhrkamp, 2016.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988*: Ein Rechtsvergleich. Münster-Berlin: Lit, 2008.

BAUER, Anton. *Lehrbuch des Naturrechts*. Göttingen: [Vandenhoeck und Ruprecht], 1825.

BEAUVOIR, Simone de. *Das Alter*. [s.l.]: [s.n.], 1997.

BECK, Jakob Sigismund. *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*: Erster Theil. [Halle: Wentworth Press], 1798.

BLOCH, Ernst. *Naturrecht und menschliche Würde*. Berlim: Suhrkamp, 1972.

BORCHERT, Ernst-Jürgen. Die Menschenwürde ist unverbindlich. *Die Sozial- gerichtbarkeit*, n. 12, [p. 655-662], 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

BRUGGER, Winfried. §1 Die Würde des Menschen im Licht des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung. *In*: BRUGGER, Winfried. *Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat*. Berlim: Duncker & Humblot, 2013.

BRUGGER, Winfried. §12 Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter? *In*: BRUGGER, Winfried. *Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat*. Berlim: Duncker & Humblot, 2013.

BRUGGER, Winfried. §8 Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Uma apreciação e atualização sobre o 100º aniversário de sua morte em 2011. *In*: BRUGGER, Winfried. Integration, Kommunikation, Konfrontation in Recht und Staat. Berlim: Duncker & Humblot, 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Org.). *Manual de derecho constitucional*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2010. v. II.

COBIÁN, Erika García. *Manuskript über die Rechtsprechung des peruanischen Verfassungsgerichts zum "Mínimo Vital"*. [s.l.]: [s.n.], 2022.

DREIER, Horst. Achtung und Schutz. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013.

DREIER, Horst. Artikel 1. Menschenwürde. *In*: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz* – Kommentar. 3. ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. I.

DREIER, Menschenwürde (Nota de rodapé 2), Rn. 61; KNOLL, Manuel. Gleichheit. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013.

DUQUE QUINTERO, Sandra Patricia; DUQUE QUINTERO, Mónica; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricia. Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial. *Encuentros*, v. 17, n. 1, p. 80-95, jun. 2019.

DÜRIG, Günther. Der Grundsatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81, n. 2, p. 117-157, 1956.

ENDERS, Christian. Artikel 1: Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtspositivität. *In*: FRIAUF, Karl Heinrich; HÖFLING, Wolfram (Org.). *Berliner Kommentar zum Grudgesetz*. Berlim: Erich Schmidt, 2021.

ENDERS, Christian. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tubinga: Mohr Siebeck, 1997.

FICHTE Immanuel Hermann. *System der Ethik*. Leipzig: [s.n.], 1853.

FRÖBEL, Julius. *System der sozialen Politik*. Mannheim: [J.B. Grobe], 1847.

GANTER, Josef. Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg. *Zeitschrift für europäisches Sozial - uns Arbeitsrecht*, n. 3, 2020.

GERLACH, Gottlob Wilhelm. *Grundriss der philosophischen Rechtslehre*. Halle: [Gebauer], 1824.

GRÖSCHNER, Rolf. Dialogisches Prinzip: Rechtsphilosophie. *In*: DREIER, Horst. Achtung und Schutz. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013.

GRÖSCHNER, Rolf. Entwurfsvermögen. *In*: DREIER, Horst. Achtung und Schutz. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013.

HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. *In*: ISENSEE, Joseph; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Muller, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe;

HACHEN, Daniel Wunder (Org.). *Direito público no Mercosul*: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Berlim: Ullstein, 1972.

HEINIG, Hans Michael. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008.

HENNIG-LEAL, Monia. Menschenwürde und "Existenzminimum" in der Rechtsprechung des brasilianischen Supremo Tribunal Federal im Kontext der Verrechtlichung von Recht und Politik. *In*: KIRSTE, Stephan; SOUZA, Draiton Gonzaga de; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Menschenwürde im 21*. Jahrhundert. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 175-198.

HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*. Paris: PUF, 2009.

HOFFMANN, Josef. Ernst Tugendhats Theorie der Gerechtigkeit und die Begründung eines Rechts auf ein Existenzminimum. *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, v. 88, n. 4, p. 495-518, 2002.

HOFMANN, Hasso. Die Versprochene Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 118, 1993.

HUSTER, Stefan; RUX, Johannes. GG. Art. 20 Sozialstaat. *In*: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. Munique: C.H. Beck, 2020.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. [s.l.]: [s.n.], 1949.

KANALAN, Ibrahim. Gilt das Grundrecht auf das menschenwürdige Existenzminimum auch für Unionsbürger?. *Zeitschrift für europäisches Sozial- uns Arbeitsrecht*, n. 10, out. 2016.

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. 8. ed. Frankfurt: [Holzinger], 1982.

KAPUST, Antje. Achtung. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KAPUST, Antje; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Wörterbuch der Würde*. 1. ed. Stuttgart: W. Fink UTB, 2013.

KIRSTE, Stephan. A legal concept of dignity as a foundation of law. *In*: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan (Org.). *Human Dignity as a Foundation of Law*: Proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner, 2013.

KIRSTE, Stephan. Das Urrecht der Menschenwürde in der vernunftrechtlichen Debatte der Wende zum 19. Jahrhundert. *In*: ENDERS, Christoph; KAHLO, Michael; MOSBACHER, Andreas (Org.). *Europa nach Napoleon*. Münster: Mentis, 2018. p. 97-136.

KIRSTE, Stephan. Die Würde des Menschen als Recht auf Anerkennung der Rechtsperson. *In*: SEELMANN, Kurt (Org.). *Menschenrechte*: Begründung – Universalität – Genese. Berlim: Colloquia Raurica, 2017. p. 41-68.

KIRSTE, Stephan. Harter und Weicher Rechtspaternalismus: unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik. *Juristen Zeitung*, ano 66, n. 17, p. 805-814, set. 2011.

KIRSTE, Stephan. Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *In*: JOERDEN, Jan C.; HILGENDORF, Eric; THIELE, Felix (Org.). *Menschenwürde und Medizin*: Ein interdisziplinäres Handbuch, Berlim: Duncker & Humblot, 2013.

KIRSTE, Stephan. Menschenwürde und Freiheitsrechte des Status Activus. Renaissancehumanismus und gegenwärtige Verfassungsdiskussion. *In*: GRÖSCHNER, Rolf; KIRSTE, Stephan; LEMBCKE, Oliver W. (Org.). *Des Menschen Würde*: entdeckt oder erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tubinga: Mohr Siebeck, 2008.

KIRSTE, Stephan. Vom Status Subiectionis zum Recht auf Rechtssubjektivität. Die Status-Lehre Georg Jellineks und der normative Individualismus. *In*: VON DER PFORDTEN, Dietmar; KÄHLER, Lorenz. *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2014. p. 177-203.

KIRSTE, Stephan. Zur Begründung subjektiver öffentlicher Rechte: Zugleich eine Kritik naturalistischer und etatistischer Ansätze. *In*: HILGENDORF, Eric; ZABEL, Benno (Org.). *Die Idee subjektiver Rechte*. Berlim: De Gruyter, 2020. p. 259-293.

KRUG, Wilhelm Traugott. *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*. Leipzig: [Friedr. Chr. Wilh. Vogel], 1811.

LASSALLE, Ferdinand. *Gesammelte Reden und Schriften*. Berlim: [Paul Cassirer], 1919.

LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic Rights*: Adjudication under a transformative constitution. Cape Town: Cambridge University press, 2010.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. Menschenwürde weggewogen?. *Verfassungsblog: on matters constitutional*. Disponível em: https://verfassungsblog.de/menschenwuerde-weggewogen/. Acesso em: 17 ago. 2023.

MAIHOFER, Werner. *Die Würde des Menschen als Zweck des Staates.* [s.l.]: [s.n.], 1963.

MARGALIT, Avishai. *Politik der Würde*: Über Achtung und Verachtung. Berlim: Verlag Alexander Fest, 1997.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (Org.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 379-424.

MARX, Karl. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*. 1. ed. Frankfurt am Main: [s.n.], 1927.

MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa. *In*: MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge (Org.). *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Universidade Católica Editora, 2005.

MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos*: liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na constituição portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007.

NEUMANN, Ulfrid, Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung. *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, v. 103, n. 3, p. 287-303, 2017.

NEUMANN, Volker. Ein neues Grundrecht für die Armen. *Humanistische Union*, ano 3, n. 191, p. 102-110, 2010.

NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n. 52, p. 426-432, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUSSBAUM, Martha Craven. *Creating capabilities*: the human development approach. Londres: [s.n.], 2011.

PFITZER, Paul Achatius. Urrecht. *In*: VON ROTTECK, Karl; WELCKER, Carl Theodor (Org.). *Staatslexikon*. Altona: [s.n.], 1843. v. 15.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Controlo judicial das restrições aos direitos sociais. *Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, v. 7, n. 3, p. 66-94, dez. 2020.

ROTHKEGEL, Ralf. Ein Danaergeschenk für den Gesetzgeber. *Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis (ZFSH/SGB)*, ano 49, 2010.

RUFFERT, Matthias. Europarecht: Anspruch auf Existenzminimum. *Juristische Schulung*, n. 574, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Menschenwürde und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums. *In*: KIRSTE, Stephan; SOUZA, Draiton Gonzaga de; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Menschenwürde im 21*. Jahrhundert. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 143-174.

SCHILLER, Friedrich. *Gedichte (1789-1805)*. Berlim: Holzinger, 2014. Editado com base nas impressões originais de Gerhard Fricke e Herbert G. Göpfert em conjunto com Herbert Stubenrauch, 1. Bd., 3. ed. 1962.

SCHNAPP, Friedrich. BVerwGE 1, 159: Magna Charta des Anspruchs auf das Existenzminimum?. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, ano 19, n. 3, p. 136-138, 2010.

SCHNATH, Matthias. Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums – Ein rechtspolitischer Ausblick nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2010. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, n. 197, 2010.

SCHOLLER, Hubert. Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‚empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten. *Juristen Zeitung*, ano 35, n. 20, p. 672-677, out. 1980.

SCHULZ, Sönke E. Neues zum Grundrecht auf Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums. *Die Sozial- gerichtsbarkeit*, n. 4, p. 201-206, 2010.

SEILER, Christian. Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. 2. 2010. *Juristen Zeitung*, ano 65, n. 10, p. 500-505, maio 2010.

SHUE, Henry. *Basic rights*: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 60 (13), p. 644-652, 2005.

STAHL, Friedrich Julius. *Die Philosophie des Rechts*. 2. ed. [Heidelberg: J.C.B. Mohr], 1878.

STOLLEIS, Michael. Die Rechtsgrundlagen der Regelsätze unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Grundsätze. *Nachrichtendienst*, Berlim, n. 61, 1981.

TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*: Eine philosophische Klärung. Berlim: Berliner-Wissenschafts-Verlag, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUGENDHAT, Ernst. *Vorlesungen über Ethik*. 4. ed. [s.l.]: [s.n.], 1997.

VON ARNAULD, Andreas. Das Existenzminimum. *In*: VON ARNAULD, Andreas; MUSIL, Andreas (Org.). *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2009. v. VIII.

VON BISMARCK, Otto. *Der Staat und die Arbeiter*. Aus der Rede des Reichskanzlers Fürsten Bismarck in der Sitzung vom 2. April No. 14, 1881.

VON DER PFORDTEN, Dietmar. *Menschenwürde*. Munique: C.H. Beck, 2016.

VON DROSTE-HÜLSHOFF, Clemens August. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Bonn: [Marcus], 1831.

VON ESCHENMAYER, Carl Adolph. *Normal-recht*. Stuttgart e Tubinga: [J.G. Cottaschen], 1819.

VON GROS, Karl Heinrich. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*. 6. ed. Stuttgart: [s.n.], 1841.

VON ROTTECK, Karl. *Lehrbuch der Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*: Allgemeine Einleitung in das Vernunftrecht, Naturliches Privatrecht. Stuttgart: [Gebrüder Franckh und Hallberger Sche], 1829. v. 1.

VON STRUVE, Gustav Karl Johann Christian. Menschenrechte. *In*: VON ROTTECK, Karl; WELCKER, Karl Theodor. *Supplemente zur ersten Auflage des Staats-Lexikons oder der Enzyklopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands*. Leipzig: [s.n.], 1847.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums: Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. *Juristen Zeitung*, ano 63, n. 4, p. 157-168, 2008.

WALTER, Ferdinand. *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*. Bonn: Marcus, 1863.

ZACHARIÄ, Karl Salomo. *Vierzig Bücher vom Staate*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Winter, 1840.

ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. 1. ed. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987.

ZAKARIÁS, Kinga; Varszegi, Mark. Existenzminimum und würdiges Leben – die Menschenwürde als Grundlage des Sozialstaates. Eine ungarischdeutsche Rechtsvergleichung. *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften, 2018/2019*, v. 6, p. 57-100, 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo. O direito a um mínimo existencial digno – Justificação jurídico-filosófica e aspectos do direito comparado. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 51-103, jul./dez. 2023.

Submissão: 10.09.2023
Aceite: 10.09.2023
Cota convite

A CONFORMIDADE DA ARBITRAGEM DE CONSUMO DO SISTEMA ESPANHOL DE ACESSO À JUSTIÇA E DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES AO NOVO MARCO EUROPEU DE ADR/ODR DE CONSUMO

THE COMPLIANCE OF THE CONSUMER ARBITRATION OF THE SPANISH ACCESS TO JUSTICE AND CONSUMER PROTECTION SYSTEM TO THE NEW EUROPEAN CONSUMER ADR/ODR FRAMEWORK

Catharine Black Lipp João

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e pela Universidad de Granada (UGR – Espanha). Mestre em Direito e Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra em Portugal. Advogada. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4491-5387. Endereço eletrônico: catharinejoao@gmail.com.

Guillermo Orozco Pardo

Catedrático de Derecho Civil da Universidad de Granada (UGR – Espanha). Presidente da Junta Arbitral de Consumo de Granada. Membro vogal da Junta Nacional de Arbitragem de Consumo da Espanha. Diretor do Mestrado em Digital Law, Privacy and Business Tech da Escuela de Dirección y Altos Estudios (EDIAE) de Cámara de Comercio de Granada. Diretor do Mestrado Próprio em Consumo y Empresa e Diretor do Mestrado Próprio em Mediación en Conflictos, ambos da UGR. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2074-2971. Endereço eletrônico: gorozco@ugr.es.

Resumo: Mediante uma abordagem dedutiva, de objetivo explicativo e de procedimentos bibliográfico e documental, o presente artigo visa analisar a adequação do Sistema Arbitral de Consumo espanhol ao novo marco de ADR/ODR de consumo europeu, constituído pelos instrumentos legislativos da Diretiva 2013/11, complementar ao Regulamento 524/2013, a qual foi incorporada no ordenamento espanhol por meio da Lei 7/2017. Para tanto, serão examinadas, no primeiro tópico, as características

do Sistema Arbitral de Consumo espanhol e, no segundo item, os elementos do atual marco de ADR/ODR de consumo da União Europeia. No terceiro tópico, serão elucidadas as exigências de qualidade e obrigações impostas pela Lei 7/2017 – que se fazem necessárias para a acreditação das entidades de ADR que atuam perante a Plataforma de ODR europeia –, a fim de analisar em que medida a regulação das Juntas Arbitrais de Consumo se adequa a elas. Ao final, serão identificados alguns problemas sobre a utilização da Plataforma de ODR europeia que, na prática, podem constituir óbices ao acesso à justiça pelos consumidores, diante do que serão referidas as formas de atenuá-los, notadamente em relação à participação obrigatória do fornecedor no procedimento, à luz do exame quanto à sua compatibilidade com o sistema constitucional de direitos fundamentais espanhol.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Defesa do consumidor. Entidades de resolução alternativa de conflitos. Plataforma de resolução online de conflitos. Sistema arbitral de consumo espanhol.

Abstract: Through a deductive approach, with an explanatory objective and bibliographic and documentary procedures, this article aims to analyze the adequacy of the Spanish Consumer Arbitration System to the new ADR/ODR framework for European consumption, constituted by the legislative instruments of the Directive 2013/11, complementary to the Regulation 524/2013, and which was incorporated into the spanish legal system through Law 7/2017. To do so, it will be examined, in the first topic, the characteristics of the Spanish Consumer Arbitration System and, in the second item, the elements of the current ADR/ODR consumer framework in the European Union. In the third topic, the quality requirements and obligations imposed by Law 7/2017 will be elucidated – which are necessary for the accreditation of ADR entities that operate under the European ODR Platform –, in order to analyze to what extent the regulation of spanish Consumer Arbitration Boards respond or not to them. In the end, some problems regarding the use of the european ODR Platform will be identified that, in practice, may constitute obstacles to access to justice by consumers, in light of which ways of mitigating them will be mentioned, notably in relation to the mandatory participation of the trader in the procedure, according to the examination of its compatibility with the Spanish constitutional system of fundamental rights.

Keywords: Access to justice. Consumer protection. Alternative dispute resolution entity. Online dispute resolution platform. Spanish consumer arbitration system.

Sumário: Introdução – **1** A arbitragem de consumo no marco do sistema espanhol – **2** O marco europeu de ADR e ODR de consumo – **3** A conformidade do Sistema Arbitral de Consumo espanhol com o marco europeu de ADR para atuação na plataforma de ODR – **4** Perspectivas e desafios sobre a utilização da ADR/ODR de consumo – Conclusão – Referências

Summary: Introduction – **1** Spanish consumer arbitration system – **2** The European framework for consumer ADR and ODR – **3** Compliance of the Spanish consumer arbitration system with the European ADR framework for operating on the ODR platform – **4** Perspectives and challenges on the use of consumer ADR/ODR – Final consideration – References

Introdução

O presente artigo visa examinar o Sistema Arbitral de Consumo espanhol, regulado por meio do Real Decreto 231/2008, à luz do novo marco de resolução alternativa de conflitos (ADR) e resolução *on-line* de conflitos (ODR) de consumo europeu, constituído pelos instrumentos legislativos interligados e complementares do Regulamento 524/2013 e da Diretiva 2013/11, a qual foi incorporada no ordenamento jurídico interno espanhol por meio da Lei 7/2017.

A respeito da relação entre ADR e ODR, verifica-se que os métodos de ADR, de modo geral, podem ser realizados *on-line* e complementados com ferramentas TIC, diante do que: "o processo é referido como ODR quando é realizado principalmente *on-line*, o que inclui, entre outros, o protocolo inicial, a designação do terceiro neutro, os procedimentos probatórios, audiências orais, discussões e até mesmo a prolação de decisões vinculantes" (CORTÉS, 2011, p. 53).

Será possível identificar que na União Europeia a regulação da ODR de consumo está intimamente interligada à regulação da ADR de consumo, apostando-se em uma Plataforma de ODR para resolução dos conflitos decorrentes do comércio eletrônico, na qual somente podem tratar dos conflitos as entidades de ADR que atendam a padrões de qualidade e assegurem um procedimento adequado à proteção do acesso à justiça ao consumidor por meios extrajudiciais nos conflitos de consumo.

É, nesse contexto, mediante uma abordagem dedutiva, de objetivo explicativo e de procedimentos bibliográfico e documental, que o presente artigo visa analisar a adequação da arbitragem de consumo do Sistema Arbitral de Consumo espanhol à luz do marco de ADR/ODR de consumo europeu.

Parte-se da premissa de que, na Espanha, o tratamento adequado dos conflitos de consumo se dá tradicionalmente pelo Sistema Arbitral de Consumo, que é um sistema extrajudicial de reconhecido prestígio entre os consumidores e o mercado. Com o novo marco europeu, para que as entidades de ADR requeiram a sua acreditação para atuar no âmbito da Plataforma europeia de ODR de consumo, é preciso que tais entidades de ADR, entre elas as Juntas Arbitrais de Consumo do Sistema Arbitral de Consumo espanhol, cumpram com as imposições legais decorrentes dos instrumentos normativos europeus.

O problema de pesquisa visa responder se e em que medida o Sistema Arbitral de Consumo espanhol se adequa à Lei espanhola 7/2017, que transpõe ao ordenamento jurídico interno o novo marco normativo europeu de resolução alternativa de conflitos (ADR) de consumo. Nesse contexto, o objetivo geral é examinar se as Juntas Arbitrais do Sistema Arbitral de Consumo, como entidades de ADR, atuam, nos termos da sua regulação pelo Real Decreto 231/2008, em conformidade com as imposições legais da Lei espanhola 7/2017 às entidades de ADR (notadamente relacionadas aos princípios de transparência, eficácia, equidade, competência, imparcialidade, independência, liberdade e legalidade), as quais visam assegurar os padrões europeus de qualidade na proteção do consumidor em procedimentos de ADR perante entidades acreditadas para que também possam atuar no âmbito da Plataforma europeia de ODR.

Os objetivos específicos deste artigo envolvem *i.* apresentar o Sistema Arbitral de Consumo espanhol, apontando seu fundamento constitucional e o seu regime jurídico geral na Lei Geral de Defesa dos Consumidores e aprofundando as suas

características e o seu procedimento a partir da sua regulamentação no Real Decreto 231/2008; *ii.* examinar o marco normativo europeu sobre ADR/ODR de consumo, a partir da relação do quadro normativo sobre ADR de consumo previsto na Diretiva europeia com o Regulamento europeu sobre ODR que cria a Plataforma de ODR europeia, verificando a relação de complementariedade entre os instrumentos e diferenciando os seus âmbitos de aplicação; *iii.* analisar como é realizado o procedimento de acreditação das entidades de ADR na Espanha e analisar de que maneira as Juntas Arbitrais espanholas se adequam, para que possam ser entidades acreditadas, aos princípios da Lei 7/2017, relativos à transparência, eficácia, equidade, competência, imparcialidade, independência, liberdade e legalidade, bem como se adequam às obrigações informativas relacionadas à função de prevenção dos conflitos; *iv.* apresentar a obrigatoriedade da participação do fornecedor como medida apontada pela Comissão Europeia para maior utilização da Plataforma de ODR e examinar discussões doutrinárias quanto à possibilidade jurídica de obrigatoriedade da participação dos fornecedores na arbitragem de consumo, à luz do ordenamento jurídico espanhol.

Para tanto, no primeiro tópico, será apresentado o Sistema Arbitral de Consumo espanhol, especialmente no que diz respeito aos fundamentos constitucionais primeiros que o legitimam, as suas características específicas, a sua organização, o seu procedimento e a possibilidade de controle judicial do seu resultado.

No segundo tópico, será examinado o atual marco de ADR/ODR da União Europeia. Serão abordados aspectos relativos à Plataforma de ODR, notadamente no que diz respeito à acessibilidade e as suas funções, bem como aspectos relativos ao procedimento de acreditação das entidades de ADR na Espanha para que possam atuar perante a Plataforma.

A partir disso, o terceiro tópico visa verificar as exigências de qualidade e obrigações da Lei 7/2017, que incorpora a Diretiva 2013/11 do marco europeu ao ordenamento jurídico espanhol, e analisar em que medida a regulação das Juntas Arbitrais de Consumo do Sistema Arbitral de Consumo espanhol se adequa a elas.

Por fim, sem o objetivo de esgotar a matéria, mas tão somente contribuir para reflexões sobre o tema, no quarto tópico, serão identificados alguns problemas práticos enfrentados no contexto de subutilização da Plataforma de ODR que podem constituir óbices ao acesso à justiça pelos consumidores, diante do que são indicadas formas de atenuá-los, notadamente atinentes à participação obrigatória do fornecedor, à luz do exame da sua compatibilidade com o sistema constitucional de direitos fundamentais espanhol.

1 A arbitragem de consumo no marco do sistema espanhol

Fundada na dignidade da pessoa humana e nos demais valores superiores de igualdade e justiça, ressalta-se a previsão específica do art. 51.1 da Constituição espanhola de 1978 (C.E), segundo a qual "os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os interesses econômicos legítimos dos mesmos". Trata-se de um dever vinculante aos poderes públicos de *garantirem a defesa* dos consumidores e a proteção dos seus legítimos interesses, *mediante procedimentos eficazes*. O capítulo no qual esse preceito está inserido (dos "princípios orientadores da política social e econômica") tem eficácia jurídica e vincula os poderes públicos (art. 53.3, C.E).

Não obstante o preceito sobre a defesa do consumidor tenha caráter informador sobre o ordenamento jurídico e a atuação do Estado, faz-se necessária atividade legislativa que desenvolva normas de proteção que realizem uma equalização de condições de igualdade, para que o consumidor possua direitos subjetivos oponíveis aos agentes privados e, em relação a alguns serviços públicos, ao próprio Estado.

Em prol de um instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, no cumprimento do artigo 51 da Constituição, foi promulgada a originária Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários na Espanha (Lei 26/1984), que veio a ser substituída pelo Real Decreto Legislativo 1/2007, atual texto consolidado da Lei Geral de Proteção dos Consumidores, diante das modificações necessárias para se adequar às normativas em matéria de proteção dos consumidores da União Europeia. Como tutela dos consumidores na Espanha está atrelada aos impulsos normativos protetivos da União Europeia, refere-se que a proteção ao consumidor deve ser assegurada em elevado ou alto nível.[1]

O texto consolidado da Lei Geral de Proteção dos Consumidores contempla o Sistema Arbitral de Consumo em seus artigos 57 e 58, no qual os órgãos arbitrais devem ser integrados por representantes dos setores empresariais interessados, das organizações de consumidores e das Administrações públicas (art. 57.3). A norma determinou que caberia ao Governo estabelecer a organização, gestão e administração desse Sistema Arbitral de Consumo e do procedimento de resolução

[1] O art. 38 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que "as políticas da União devem assegurar um *elevado nível de defesa* dos consumidores", bem como o art. 169 do Tratado de Funcionamento da União Europeia enumera direitos dos consumidores e dispõe de medidas para alcançar o seu *alto nível de proteção* a serem adotadas no âmbito tanto da realização do mercado interno, quanto de apoio, complemento e supervisão das políticas dos Estados-Membros.

de conflitos (art. 57.2). Assim, o Sistema Arbitral de Consumo foi regulado pelo Real Decreto 231/2008, o qual veio a ser objeto de alterações pontuais pela Lei 7/2017.

Antes de examinar o sistema de arbitragem de consumo, é preciso esclarecer que a arbitragem deve ser compreendida no conceito do direito de acesso à justiça pelo qual nenhum dos demais direitos se concretiza. Em que pese um protagonismo do Poder Judicial para a solução dos conflitos em geral,[2] defende-se que um amplo direito de acesso à justiça deve compreender atuações, com vistas a tal finalidade, prestadas não apenas pelo Poder Judiciário, podendo o Estado, por meio do ordenamento jurídico, permitir que outros atores tenham a autoridade para conduzir processos e procedimentos.[3]

Isso pode ser inferido do entendimento manifestado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, ao reconhecer ao particular a possibilidade de optar pela via judicial ou extrajudicial para resolução de suas controvérsias. O referido Tribunal, preconizando a valorização da manifestação da liberdade pessoal, qualificou a instituição arbitral como *equivalente jurisdicional* em plena compatibilidade constitucional com os referidos arts. 24.1 e 117.3 da Constituição.[4] Assim, os titulares podem escolher

[2] Na Espanha, a Constituição preceitua que "todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa verificar-se falta de defesa" (art. 24.1, C.E). Adverte-se que o direito de acesso à justiça não pode ser visto de maneira simplista como um mero direito de ingressar no Judiciário, pois deve envolver a realização de uma tutela efetiva com vistas à solução dos conflitos. Nesse sentido, Giménez refere que este direito fundamental "não é apenas o direito de cruzar a soleira da porta de um Tribunal, mas o direito de que, uma vez lá dentro, este cumpra a função para a qual foi instituído" (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000, p. 23). O direito fundamental à inafastabilidade da tutela judicial não se confundiria com o direito de acesso à justiça, que seria mais amplo e englobaria àquele, além de demais formas extrajudiciais adequadas de resolução de conflitos. Isso porque o acesso à justiça, como explicam Rocha *et. al.*, "pode (e deve) ser relacionado com as demais formas adequadas de resolução de conflitos, tendo em vista a superlotação processual do Poder Judiciário, que, por si só, não é capaz de efetivar o direito ao acesso à justiça. Neste sentido, o acesso à justiça pode ser verificado como um requisito indispensável para o exercício do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, verificando-se, de forma nítida, a relação dos métodos de resolução de conflitos, incluindo-se a arbitragem, com a efetivação do referido princípio constitucional" (ROCHA; FERREIRA; FERREIRA, 2021, p. 411).

[3] Identifica-se que a própria norma constitucional expressamente estabelece que os direitos fundamentais, tal como o de acesso à justiça, vinculam todos os poderes públicos e devem ter seu conteúdo essencial respeitado, mas podem ter o seu exercício regulado, desde que por lei (art. 53.1, C.E). Assim, embora o Estado, por meio do Judiciário, em razão do chamado princípio da inafastabilidade do controle judicial – pelo qual o exercício do poder jurisdicional corresponde exclusivamente aos juízes e tribunais determinados pelas leis (art. 117.3, C.E) – exerça um papel de destaque no reconhecimento dos direitos e na solução dos litígios, verifica-se que esse direito à inafastabilidade do controle judicial, que é uma das projeções do direito de acesso à justiça, não é absoluto, podendo estar sujeito a limitações ou restrições jurídicas, destinadas à proteção do interesse público, respeitado o núcleo essencial, sejam elas decorrentes de normas constitucionais, sejam de normas legais.

[4] Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol considera que os "árbitros prestam também uma tutela efetiva dos direitos e interesses legítimos no sentido do artigo 24.1 CE já que sua atividade – desenvolvida pela via de um procedimento respeitoso com os princípios essenciais da audiência, contraditório e igualdade entre as partes – conduz a criação de um título executivo com eficácia similar à sentença judicial, que abre a execução judicial forçada" (ESPANHA, 1995).

exercer o direito de acesso à justiça por um caminho extrajudicial (um meio de resolução alternativa de conflitos – ADR) equivalente, tal qual a arbitragem.

Neste contexto do direito de acesso à justiça e do dever dos poderes públicos de proteção (em alto nível) dos consumidores mediante procedimentos eficazes, é que se insere o Sistema Arbitral de Consumo, cujo regime jurídico geral se encontra no texto consolidado da Lei Geral de Defesa dos Consumidores (Real Decreto Legislativo 1/2007) e cuja regulação se concretiza pelo Real Decreto 231/2008, com determinadas alterações pela Lei 7/2017.

O Sistema Arbitral de Consumo é conceituado como "uma arbitragem institucional de resolução extrajudicial, de caráter vinculante e executivo para ambas as partes, dos conflitos surgidos entre consumidores e empresas ou profissionais em relação aos direitos legal ou contratualmente reconhecidos ao consumidor" (art. 1.2, Real Decreto 231/2008).

Trata-se de um mecanismo *heterocompositivo* de resolução de conflito que se desenvolve fora do âmbito judicial. Assim, é um sujeito imparcial com o poder de decisão sobre as partes que resolve o conflito, *i.e.*, o *órgão arbitral*, que pode ser unipessoal ou colegiado. O árbitro único, em regra, é designado entre os árbitros propostos pela Administração Pública (art. 19.3, Real Decreto 231/2008), enquanto o colégio arbitral é integrado por três árbitros, cada um designado entre os propostos por associações empresariais, por organizações de consumidores e pela Administração Pública (art. 20.1, Real Decreto 231/2008 e art. 57.3, Real Decreto Legislativo 1/2007).[5]

Em relação ao seu âmbito objetivo, só podem ser objeto de arbitragem de consumo os conflitos que versem sobre matérias de livre disposição das partes conforme o direito (art. 2.1, Real Decreto 231/2008), o que vai ao encontro do critério de arbitrabilidade objetiva previsto na Lei de Arbitragem (art. 2.1, Lei 60/2003). Não obstante essa previsão, verifica-se que, em atenção à ressalva expressa na Lei Geral de Defesa dos Consumidores (art. 57.1, Real Decreto 1/2007), responsável pelo regime jurídico geral da matéria, são excluídos expressamente como objeto de arbitragem de consumo os conflitos que versem sobre intoxicação, lesão, morte ou

[5] O Real Decreto 231 prevê que o órgão arbitral será unipessoal quando as partes assim acordem e, por decisão do Presidente da Junta Arbitral, quando a quantia envolvida na controvérsia seja inferior a 300 euros e a falta de complexidade do caso assim o indique (art. 19.1, a e b), a qual pode ser objeto de oposição das partes, caso em que se procederá com a designação de um colégio arbitral (art. 19.2). Nos demais casos, a demanda será conhecida pelo colégio arbitral integrado por três árbitros. É interessante observar que a composição do tribunal arbitral por árbitros propostos por diferentes setores implicados nos conflitos de consumo é um fator que deposita nas partes maior segurança no procedimento. A esse respeito, é apontado que "não se deve ignorar que uma das razões do sucesso da arbitragem de consumo decorre do fato de que o empresário se sente 'representado' no colégio arbitral, sendo um dos três árbitros nomeado por proposta de organizações empresariais ou profissionais. Algo que não ocorre nos casos de árbitro único, pois ele será nomeado entre os árbitros propostos pela Administração" (MARÍN LÓPEZ, 2008).

aqueles em que existem indícios razoáveis de delito, incluída a responsabilidade por danos e prejuízos diretamente derivado deles (art. 2.2, Real Decreto 231/2008).

Entre as características da arbitragem de consumo, destaca-se o seu caráter no âmbito das Administrações Públicas, na medida em que mantida economicamente pelo Estado. Dessa maneira a arbitragem de consumo é uma arbitragem *institucional* ou *administrativizada*,[6] cuja gestão corresponde a determinadas instituições, em concreto, às *Juntas Arbitrais de Consumo* (que são órgãos administrativos de gestão da arbitragem de âmbito municipal, provincial, autonômico, estatal e prestam às partes e aos árbitros um serviço de caráter técnico, administrativo e de secretaria) que são adscritas às correspondentes administrações públicas da qual dependam.

Por ser institucionalizada, outra característica importante é econômica; a arbitragem de consumo é um procedimento *gratuito* para as partes (art. 41.1, Real Decreto 231/2008), pois os custos da sua instituição e tramitação são suportados pela Administração.

É um procedimento *unidirecional*, que decorre apenas das reclamações dos consumidores (art. 57.1, Real Decreto Legislativo 1/2007). Ou seja, só pode ser instaurado por demanda do consumidor, e não do fornecedor.[7] À luz da norma que faz essa distinção para dar início ao expediente, percebe-se uma adoção clara do princípio protecionista dos interesses dos consumidores.

É preciso abordar o consentimento para submissão do conflito entre as partes à arbitragem, que é instrumentalizado por meio de uma convenção arbitral, que deve expressar a vontade das partes de resolver por meio do Sistema Arbitral as controvérsias a respeito de determinada relação jurídica de consumo (art. 24.1, Real Decreto 231/2008).

Será vinculante a convenção de arbitragem que as partes celebrem após o surgimento do conflito. Por outro lado, a respeito das convenções arbitrais prévias ao conflito, entende-se que, desde a alteração legislativa em 2014, estas não são vinculantes para o consumidor (só vinculariam o fornecedor) (art. 57.4, Real Decreto Legislativo 1/2007). Isso significa que a aceitação de um contrato de adesão em que esteja inserida tal cláusula arbitral prévia não implica a vinculação pelo consumidor,

[6] Trata-se, tal como ensinado por Francisco, de uma arbitragem "administrativizada", e não administrativa ou de direito administrativo, na medida em que, ainda que administrada por entes públicos, a normativa aplicável é de direito comum (o Real Decreto 231/2008 e, subsidiariamente, a Lei de Arbitragem, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum e a Lei de Acesso Eletrônico dos Cidadãos aos Serviços Públicos) (FRANCISCO, 2010, p. 178-179).

[7] Ainda que não seja admitida a instauração de arbitragem requerida por fornecedores contra consumidores, é preciso referir sobre a possibilidade de que a arbitragem verse sobre eventual pretensão do fornecedor em sede de reconvenção, desde que haja conexão entre as suas pretensões e àquelas da solicitação de arbitragem (isto é, conexão com as pretensões apresentadas pelo consumidor), bem como que a matéria seja suscetível de arbitragem, sob pena de inadmissão da reconvenção pelos árbitros referida na sentença que ponha fim à controvérsia (art. 43.2, Real Decreto 231/2008).

que, diante da ocorrência do conflito, pode optar por submetê-lo ao Sistema Arbitral de Consumo ou à via judicial. Ademais, nos casos de inexistência ou invalidade da convenção arbitral, verifica-se que ainda é possível a formalização da convenção após o surgimento da disputa, quando o consumidor apresenta uma solicitação de arbitragem perante o Sistema Arbitral de Consumo, seguida do correspondente aceite do fornecedor (art. 24.4, Real Decreto 231/2008).

Ainda em relação à formalização da convenção de arbitragem, uma particularidade da arbitragem de consumo é a existência de Oferta Pública de Adesão (OPA) ao Sistema Arbitral de Consumo realizada pelo fornecedor, a partir da qual a convenção de arbitragem é formalizada com a mera apresentação pelo consumidor da solicitação de arbitragem quando coincida com o âmbito da oferta pelo fornecedor (art. 24.2). Trata-se de uma oferta unilateral de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo, de caráter público, formulada pelos fornecedores por escrito ou por via eletrônica (art. 25.1), que pode ser total ou parcial.[8] Em sendo admitida a OPA pelo Presidente da Junta Arbitral correspondente ao âmbito territorial em que a empresa desenrole principalmente a sua atividade, será outorgado ao fornecedor um distintivo oficial de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo (art. 28.1).[9]

À luz da acessibilidade, verifica-se que é um procedimento *sem formalidades especiais* (art. 57.1, Real Decreto 1/2007), permitindo-se às partes um acesso facilitado à justiça, sem um excessivo rigorismo formal. Aliás, a ausência de formalismo excessivo pode ser percebida pela possibilidade de iniciar o procedimento a partir do preenchimento de formulários simples que devem ser colocados à disposição pelas próprias Juntas Arbitrais de consumo (art. 34.4, Real Decreto 231/2008), bem como pela desnecessidade de representação por advogado. Conquanto o procedimento de arbitragem não tenha formalidades definidas, aponta-se como exceção a audiência das partes, que poderá ser escrita, utilizando assinatura convencional ou eletrônica, ou oral, quer seja presencial, quer virtual, por meio de videoconferências ou outros meios técnicos que permitam a identificação e comunicação direta dos participantes (art. 44.1).

[8] A OPA pode ser total ou limitada: a OPA total se refere a qualquer controvérsia que afete os legítimos interesses dos consumidores, por outro lado, a OPA limitada, que exige prévio consentimento em relatório da Comissão das Juntas, concretiza limites que o fornecedor deseja excluir da sua adesão ao sistema (art. 26), os quais podem se referir "a vários aspectos que a empresa deseja excluir da esfera da OPA. Na OPA, pode-se limitar a quantidade de dinheiro da disputa em questão, ou não submeter a disputa uma questão passado certo tempo desde que se adquiriu o produto ou prestou o serviço" (ORTEGA HERNÁNDEZ, 2019, p. 257).

[9] Se o fornecedor continuar usando o distintivo público, mesmo após solicitar a retirada da sua OPA ou ainda que não tenha o direito ao seu uso, entender-se-ão validamente formalizadas as convenções arbitrais por mera apresentação da solicitação de arbitragem (art. 29.1 e art. 24.3). No entanto, o uso indevido do distintivo de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo poderá configurar prática de competência desleal enganosa (art. 21, Lei 3/1991).

A norma estabelece expressamente que o processo arbitral de consumo será regulado pelos princípios de igualdade entre as partes, audiência e contraditório, gratuidade e confidencialidade[10] (art. 41.1 e 2, Real Decreto 231/2008).

Ainda, ressalta-se que se trata de um procedimento *rápido*, pois o prazo para que a sentença seja proferida é, desde a modificação introduzida em 2017, de até 90 dias corridos, contados da apresentação da solicitação (ou de quando esta se considere completa, com os dados e documentos necessários para sua tramitação), podendo ser prorrogável por prazo não superior a 90 dias, apenas nos casos de complexidade do litígio em causa (Disposição final sexta. 2, Lei 7/2017). Se as partes alcançarem um acordo para autocomposição do conflito, uma vez iniciadas as atuações arbitrais, o prazo para proferir a sentença conciliatória será de quinze dias da adoção do acordo (art. 49.2, Real Decreto 231/2008).

Tal como consta na definição legal do Sistema Arbitral de Consumo, a arbitragem de consumo é de caráter *vinculante* e *executivo* para ambas as partes (art. 1.2, Real Decreto 231/2008 e art. 57.1, Real Decreto 1/2007). Isso significa respectivamente que a sentença adotada pelo órgão arbitral conta com efeitos de coisa julgada e, portanto, é obrigatória para as partes[11] e, caso não seja cumprida de modo voluntário, pode ser objeto de execução forçada pela via judicial.

De acordo com as últimas estatísticas da atividade do Sistema Arbitral de Consumo, no ano de 2022, foram apresentadas 59.487 solicitações de arbitragem por consumidores perante as Juntas Arbitrais, das quais 73,1% foram conhecidas e administradas. Em relação ao total das sentenças arbitrais proferidas no ano de 2022, verifica-se que 60,2% foram de procedência, 24,9% de homologatórias de acordo e 14,87% de improcedência (MINISTERIO DE CONSUMO, 2022). Ainda, ressalta-se que o índice de cumprimento voluntário das sentenças arbitrais de consumo é de praticamente a sua totalidade.[12]

---

[10] O princípio da confidencialidade impõe a confidencialidade das informações que os árbitros, mediadores, partes e servidores das juntas conheçam no curso do procedimento (arts. 22.1, 38.3, 41.2, Real Decreto 231/2008 e art. 24.2, Lei 60/2003). A confidencialidade pode ter transcendência a efeitos de evitar que a Administração use dados sensíveis do demandado, inclusive de índole trabalhista ou tributária que venham a ser conhecidos em decorrência da arbitragem, e instaure procedimento administrativo sancionador (FRANCISCO, 2010, p. 198-200). Não obstante a confidencialidade seja um princípio do procedimento arbitral de consumo, isso não se contrapõe à importante função das juntas arbitrais de "gerenciar um Registro de sentenças emitidas, cujo conteúdo, respeito a privacidade das partes, será público" (art. 6, I, Real Decreto 231/2008).

[11] Inclusive, há comunidades autônomas que positivaram consequências para o descumprimento das sentenças arbitrais nas suas leis de proteção ao consumidor, tal como a Comunidade Autônoma da Galícia, que previu que o descumprimento das sentenças arbitrais por empresas públicas comerciais autonômicas legitimará, em regra, a solicitação de restituição da ajuda ou subsídio ou a resolução do contrato com a Administração geral (art. 43.8, Lei 2/1012 da Comunidade Autônoma de Galícia).

[12] Exemplifica-se que no âmbito da Junta Arbitral da Comunidade Autonômica da Andalucía, a memória de atividade publicada em 2022 indica que, no exercício anterior, 99% das sentenças arbitrais foram cumpridas voluntariamente (JUNTA DE ANDALUCÍA, 2022).

A respeito dos critérios pelos quais o órgão arbitral funda a sua decisão, a arbitragem pode ser resolvida em direito ou em equidade.[13] O art. 33.1 do Real Decreto 231 instituiu a decisão em equidade como regra, a menos que as partes optem expressamente pela arbitragem em direito, ou quando houver OPA do fornecedor realizada aderindo à resolução por equidade, a menos que o consumidor não manifeste a sua conformidade com isso. Ressalta-se que, independentemente de a resolução ser por equidade ou por direito, em todos os casos (a não ser que se trate da homologação de acordo), a decisão arbitral deve ser sempre motivada (art. 33.2, Real Decreto 231/2008 e art. 37.4 Lei 60/2003).

Entende-se que a opção pela arbitragem em equidade não significa que as sentenças devam desconhecer ou contrariar normas de direito positivo, justamente porque, à luz do art. 33.2 do Real Decreto 231, os árbitros podem aplicar normas jurídicas; bem como *devem* aplicar, quando atinentes à relação jurídica controvertida, aquelas normas imperativas que não podem ser afastadas por acordo. Inclusive, entende-se que tais normas imperativas que não podem ser renunciadas pelas partes são integradoras da ordem pública, cuja violação pode ser causa de posterior anulação da sentença. Destaca-se que isso se conecta aos direitos básicos dos consumidores cuja irrenunciabilidade está prevista na Lei Geral de Defesa dos Consumidores (art. 10, Real Decreto Legislativo 1/2007). Exemplifica-se que é o caso de sentença arbitral que declara a validade de uma cláusula contratual proibida por uma norma de ordem pública, sendo nula de pleno direito, diante do que tal decisão poderia ser impugnada por meio da ação de anulação.

A respeito do controle da arbitragem, verifica-se que contra a sentença arbitral poderá ser exercida a ação de anulação nos termos previstos na Lei de Arbitragem, cabendo a parte solicitante alegar e provar um dos motivos estabelecidos na norma, *e.g.*, a inexistência ou invalidade da convenção arbitral, a falta de notificação da atuação do árbitro ou qualquer outra razão pela qual não pode fazer valer seus direitos, a resolução pelos árbitros de questões não submetidas à sua decisão ou

[13] A norma precisou o alcance e condicionantes da arbitragem em equidade: "as normas jurídicas aplicáveis e as estipulações do contrato servirão de apoio à decisão em equidade que, em todo caso, deverá ser motivada" (art. 33.2, Real Decreto 231/2008). A respeito da distinção entre os critérios de decisão, é assinalado que, na arbitragem de direito, o árbitro resolve a questão litigiosa com sujeição a uma norma jurídica estabelecida, enquanto, na arbitragem de equidade, permite-se aos árbitros resolver a questão litigiosa segundo seu leal saber e entender, sem necessidade de recorrer à aplicação de nenhuma norma legal vigente (o que não é óbice para que, em seu juízo valorativo, o árbitro de equidade se apoie em normas jurídicas definidas em matéria de consumo). Daí por que o art. 33.2 do Real Decreto 231/2008 seria interpretado como uma espécie de faculdade, no sentido de que não exige ao árbitro em equidade que tenha em conta a normativa vigente sempre (IBOLEÓN, 2012, p. 64-66). A aplicação da equidade não implica a violação do direito positivo, nem a dispensa dos princípios gerais do direito. Se, por um lado, não se aplicam normas jurídicas positivas de maneira rigorosa, por outro, possibilita-se a aplicação de critérios de justiça material fundados também em premissas de caráter extrassistemático (ESPANHA, 2009).

de questões não suscetíveis de arbitragem (art. 41, Lei 60/2003). Um dos motivos mais invocados diz respeito à sentença arbitral ser contrária à ordem pública.[14]

Embora a ordem pública não se confunda com a não aplicação da legislação aplicável, é possível dizer que a sentença pode ser contrária à ordem pública ao não aplicar uma norma imperativa da lei.[15] Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, cabe anular uma sentença arbitral quando forem infringidas normas legais imperativas.[16] Mesmo nas arbitragens de consumo de equidade, em que não é exigida a aplicação de normas em geral, não se pode admitir a falta de coerência essencial ou flagrante arbitrariedade, sob pena de configuração de violação à ordem pública para fins de anulação da sentença arbitral (ESPANHA, 2018).

2 O marco europeu de ADR e ODR de consumo

As iniciativas da União Europeia ao longo dos últimos anos demonstram um interesse econômico no desenvolvimento do comércio eletrônico, tanto dos mercados nacionais, quanto do mercado interior da União, com um marco normativo que fortaleça e proteja o mercado, o fornecedor e, principalmente, o consumidor. Precisa-se que o alto nível de proteção dos consumidores é marcado não só pela atribuição substantiva dos seus direitos básicos, mas também pelo estabelecimento de meios eficazes de resolução extrajudicial dos conflitos de consumo que surjam dessas contratações eletrônicas.

[14] A violação à ordem pública como motivo de anulação da sentença arbitral é vista como um limite à autonomia da vontade e aos árbitros a fim de assegurar que as decisões arbitrais respeitem o conjunto de valores e direitos indisponíveis. A ordem pública é entendida a partir do conjunto de regras e princípios gerais que inspiram a organização política, social e econômica da Espanha, incluindo, sem a eles se limitar, os direitos fundamentais, a proibição constitucional de arbitrariedade, disposições de caráter processual. Veja-se que, ao tratar de ordem pública, é possível falar em ordem pública material, que "é o conjunto de princípios jurídicos públicos, privados, políticos, morais e econômicos que são absolutamente obrigatórios para conservação do pacto social de convivência em uma determinada época", bem como em ordem pública formal, que é "o conjunto de formalidades e princípios consagrados como garantia processual no artigo 24 da Constituição" (ESPANHA, 2022).

[15] Nesse sentido, veja-se: "é contrária à ordem pública a atuação arbitral que ignora ou denega a aplicação de normas imperativas. Uma norma é imperativa quando não resulta possível subtrair-se ao que dispõe, obriga ou proíbe; consequentemente, quando não for derrogável pela exclusiva vontade das partes" (ESPANHA, 2019). Ainda: "não se discute o correlativo dever do árbitro de aplicar as normas imperativas que regem tais ou tais aspectos da matéria que se diz arbitrável, pois, do contrário, o Tribunal Arbitral infringiria a ordem pública incorrendo a sentença em causa de anulação" (ESPANHA, 2023).

[16] Destaca-se que, nas palavras do Tribunal Constitucional espanhol, "o tribunal reitera que excepcionalmente *cabe anular uma decisão arbitral* quando houver violação de garantias processuais fundamentais, como o direito de defesa, igualdade, bilateralidade, contraditório e prova; quando a sentença for desprovida de motivação ou esta seja arbitrária, ilógica, absurda ou irracional; *quando forem infringidas normas legais imperativas*; ou quando for violada a intangibilidade de uma decisão final anterior" (ESPANHA, 2021).

Assim, a promoção dos sistemas de ADR e ODR de consumo é vinculada tanto ao crescimento do mercado digital mediante a potenciação da *e-confidence*, quanto ao acesso do consumidor à justiça. Não obstante essas duas grandes preocupações possam ser tratadas de maneira independente, considera-se importante identificar que elas se encontram estreitamente entrelaçadas, na medida em que o efetivo acesso à justiça não é senão um aspecto necessário para fortalecer a confiança no comércio eletrônico e, por conseguinte, o desenvolvimento do mercado neste ambiente digital.[17]

Nesse contexto, em 2013, o Parlamento Europeu e o Conselho publicaram a Diretiva 2013/11, sobre a ADR de consumo, e o Regulamento 524/2013, sobre a ODR de consumo, visando desenvolver um sistema adequado de resolução de conflitos de consumo, o que garante o efetivo acesso à justiça pelos consumidores e diminui a carga do Judiciário, bem como contribui para criação de confiança entre consumidores e fornecedores e para o bom funcionamento do mercado, particularmente o digital, nacional e transfronteiriço.

A ação da União Europeia foi realizada por distintos instrumentos legislativos, mas que "são interligados e complementares" (considerando 12, Diretiva) e considerados "em conjugação" (considerando 16, Regulamento).

A Diretiva estabelece normas que tratam da acreditação (ou certificação) das entidades de ADR que atendem a padrões de qualidade que garantem um procedimento adequado para a resolução dos conflitos de consumo, enquanto o Regulamento prevê a criação e disponibilização de uma Plataforma de ODR na qual os consumidores podem resolver os conflitos de consumo decorrentes do comércio eletrônico pela submissão, mediante acordo com fornecedores, a uma das entidades de ADR que seja acreditada conforme a Diretiva, as quais, inclusive, podem tramitar todo o procedimento na própria Plataforma.

Não obstante a referida relação harmônica entre os instrumentos, é preciso fazer a ressalva de que os seus âmbitos de aplicação não coincidem completamente. É possível extrair da Diretiva que a sua aplicação se dirige aos procedimentos extrajudiciais relativos aos conflitos de consumo, quer tenham surgido *on-line* ou *off-line* (art. 2.1, Diretiva), enquanto a norma de aplicação do Regulamento restringe

[17] À vista disso, veja-se o considerando do Regulamento 524/2013: "para que os consumidores tenham confiança no mercado interno e beneficiem da sua dimensão digital, é necessário que tenham acesso a meios simples, eficazes, céleres e económicos de resolver os litígios que decorram da venda de bens ou da prestação de serviços online. Este aspeto assume especial importância quando os consumidores fazem compras além-fronteiras" (considerando 2, Regulamento 524/2013). Ainda, aponta-se que a Comissão Europeia em 2011, na Comunicação intitulada "Ato para o Mercado Único, considerou a legislação em matéria de ADR, que inclui uma vertente associada ao comércio eletrônico, como uma das doze alavancas para estimular o crescimento, reforçar a confiança e avançar para a conclusão do Mercado Único" (considerando 9, Diretiva 2013/11).

isso,[18] excluindo da Plataforma de ODR os conflitos *off-line*, que não tenham surgido de atos de consumo eletrônico (art. 2.1, Regulamento).

Como verdadeiro canal de acesso à justiça, a Plataforma de ODR é um sítio *web* interativo, gratuito e acessível *on-line* em todas as línguas oficiais das instituições da União,[19] que se aplica à resolução extrajudicial dos conflitos decorrentes das relações contratuais de consumo produzidas *on-line* entre consumidores e fornecedores da União (arts. 5.2 e 2.1, Regulamento).

Entende-se que, para que seja acessível, é preciso que a Plataforma possa ser acessada e utilizada sem dificuldades pelos usuários. Nos termos do Regulamento 524/2013, observa-se a previsão de que a Plataforma deve ser, na medida do possível, acessível e utilizável por todos, incluídos usuários vulneráveis (*design* para todos) (art. 5.1). Ressalta-se que são várias as formas de acessar a Plataforma, *e.g.*, por meio diretamente do seu sítio *web* principal, por meio de outros *links* nas demais páginas *web* da Comissão Europeia, por meio do portal "A sua Europa", por meio dos *links* contidos nos sítios dos fornecedores do comércio eletrônico (considerando 21, arts. 5.3 e 14.1, Regulamento).

A respeito da apresentação da reclamação, inclusive, é estabelecido que o próprio formulário na Plataforma "deve ser de fácil utilização e facilmente acessível na plataforma de ODR" (art. 8.1). Ademais, em sendo necessária assistência quanto à apresentação das reclamações e de eventuais documentos necessários, existem os pontos de contato indicados pelos Estados-Membros que podem ajudar em relação a isso para facilitar a utilização da Plataforma (art. 7.2.a.i, Regulamento).

No que diz respeito às funções da Plataforma, observam-se deveres relacionados à tramitação *on-line* da resolução do conflito mediante a tecnologia, como facilitar um formulário eletrônico de reclamação a ser preenchido pela parte reclamante; informar a parte requerida sobre a reclamação; identificar a entidade ou entidades de ADR competentes e transmitir a reclamação àquela que as partes tenham acordado; disponibilizar gratuitamente – sem que seja obrigatória a sua utilização – um sistema eletrônico de gestão de casos que permita às partes e à

[18] Além da distinção apresentada, a Diretiva expressamente não se aplica a procedimentos de resolução extrajudicial iniciados por fornecedores contra consumidores (art. 2.2. g, Diretiva 2013/11), enquanto o Regulamento pode se aplicar a tais procedimentos iniciados pelos fornecedores contra consumidores, desde que a legislação do Estado-Membro em que o consumidor tem a sua residência habitual permita que esses conflitos sejam resolvidos por meio da intervenção de uma entidade de ADR (art. 2.2, Regulamento 524/2013). Salienta-se que, embora alguns Estados-Membros (como Alemanha, Bélgica, Luxemburgo e Polônia) contemplem que as entidades ADR acreditadas possam conhecer das reclamações de um fornecedor contra um consumidor, esse *não é*, contudo, o caso do ordenamento jurídico espanhol.

[19] Nos termos do Regulamento, a plataforma deve ser um sítio web "*acessível* em *todas as línguas oficiais* das instituições da União" (art. 5.2), de modo que o seu funcionamento compreende as necessárias traduções eletrônicas (que podem ser apoiadas por intervenção humana) (art. 5.1 e considerando 19), inclusive das informações trocadas por meio da Plataforma (art. 5.4.e).

entidade de ADR conduzirem o procedimento *on-line* por meio da Plataforma de ODR;[20] proporcionar às partes e à entidade de ADR a tradução das informações que sejam necessárias para a resolução do conflito, trocadas por meio da Plataforma de ODR (art. 5.4, Regulamento).

A resolução da reclamação apresentada na Plataforma é realizada por meio da intervenção[21] de uma das entidades de ADR acreditadas incluídas em uma lista, a qual é referida no artigo 20.2 da Diretiva. Adianta-se que podem, se lhes concedida a acreditação, estar incluídas nessa lista as Juntas Arbitrais de Consumo do Sistema Arbitral de Consumo espanhol.

Além de facilitar a tramitação *on-line*, observa-se que a Plataforma tem um dever informativo relacionado à obtenção do conhecimento dos processos de ODR e à facilitação das informações sobre eles. Verifica-se que a importância de proporcionar o conhecimento sobre a Plataforma se reflete também em uma obrigação imposta aos próprios fornecedores.[22]

Mencionou-se que marco regulador europeu exige que os Estados garantam a disponibilidade de entidades de ADR, que essas entidades estejam submetidas ao cumprimento de determinadas condições e que as regras de procedimento respeitem exigências mínimas de qualidade.

No que diz respeito à Espanha, a Lei 7/2017 expressamente incorpora ao ordenamento jurídico interno a Diretiva 2013/11/UE, relativa à ADR em matéria de

[20] Nos termos do Regulamento, as entidades de ADR podem conduzir, por meio da ferramenta de gestão de casos, todo o procedimento de resolução de litígios *on-line* por meio da Plataforma (art. 5. 4, d), se assim desejarem (art. 10, d). Por outro lado, a Plataforma também pode ser apenas o canal para o recebimento da reclamação e a sua transmissão às entidades de ADR dos Estados-Membros selecionadas pelas partes (art. 9. 6), caso em que o procedimento tramitará por meio dos meios (*on-line* e/ou convencionais) habilitados pela respectiva entidade de ADR.

[21] É preciso fazer a ressalva de que, desde 2019, é possível que a resolução do conflito seja realizada sem a intervenção de uma entidade de ADR, em uma etapa independente e anterior à apresentação da reclamação, diante da incorporação de um módulo de conversação direta na Plataforma de ODR. Assim, antes de registrar oficialmente a reclamação, o consumidor pode optar por buscar uma solução para o problema diretamente com o fornecedor, que será notificado pela Plataforma, caso em que as partes podem trocar mensagens por 90 dias para alcançar um acordo (COMISSÃO EUROPEIA, 2023b).

[22] A Plataforma tem a função de colocar à disposição do público determinados elementos, como informações gerais sobre a ADR como forma de resolução extrajudicial de litígios; informações sobre as entidades incluídas na lista da Comissão de entidades de ADR acreditadas; um manual *on-line* sobre o modo de apresentar reclamações por meio da Plataforma, os contatos dos pontos de contato de ODR; dados estatísticos do resultado dos litígios submetidos às entidades de ADR por meio da plataforma de ODR (art. 4.h.i-v,). Por sua vez, nos termos do artigo 14 do Regulamento, é previsto que, quando estabelecidos na União Europeia, os fornecedores que celebrem contratos de venda ou de serviços *on-line* e os mercados *on-line* devem disponibilizar nos seus sítios *web* um *link* à Plataforma de ODR, o que deve ser facilmente acessível aos consumidores (art. 14.1). O parágrafo segundo dessa norma visa incluir essa obrigação também àqueles fornecedores do comércio eletrônico que estejam obrigados ou tenham aderido à uma entidade de ADR (art. 14.2, Regulamento 524/2013), diante do que esse dever também é aplicável aos fornecedores do comércio eletrônico que tenham realizado uma OPA a uma Junta do Sistema Arbitral de Consumo espanhol acreditada.

consumo. Uma vez que integralmente aplicável em toda União Europeia por meio do Regulamento complementar à dita Diretiva, também se reforça a disponibilização da Plataforma de ODR por ele regulada, que está a serviço tanto das entidades de ADR acreditadas, quanto das partes em conflito.

Nesse contexto, destaca-se que, na Plataforma de ODR, só podem atuar as entidades ADR acreditadas, que cumpram com os princípios estabelecidos na Diretiva e incorporados na lei espanhola. À luz dos requisitos de qualidade exigidos às entidades acreditadas, é evidente que a acreditação e a possibilidade de atuarem na Plataforma de ODR possuem um valor reputacional positivo.

Não obstante a Diretiva e a Lei 7/2017 possibilitem a existência de entidades de ADR de outro tipo (mediação, conciliação, *ombudsman* etc.), ressalta-se que no contexto espanhol a solução clássica para os conflitos de consumo é a arbitragem do Sistema Arbitral de Consumo.[23] E a Lei 7/2017 permite a acreditação de entidades de ADR de arbitragem de consumo (art. 3.1), ainda que, para os casos de arbitragem, o acesso à acreditação seja restringido apenas às entidades de ADR constituídas com força legal ou regulamentar (art. 6.2),[24] o que implica a exclusão de entidades privadas de arbitragem de consumo. Ou seja, no que toca à arbitragem, são precisamente as Juntas Arbitrais de Consumo do Sistema Arbitral de Consumo que podem cumprir com os objetivos da Diretiva.[25]

A Lei 7/2017 pontua que caberá à Presidência da Aecosan (Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición) a acreditação das entidades de ADR que administrem procedimentos com resultado vinculante para o consumidor e que conheçam de reclamações de todos os setores econômicos (art. 26.5). A respeito do procedimento de acreditação da entidade de ADR, é importante destacar que é iniciado pela solicitação do interessado (art. 29.1), tratando-se, portanto, de solicitação e de procedimento voluntários. Atualmente, do total de 61 Juntas

[23] Nesse sentido: "o sistema espanhol conta com numerosas entidades de resolução alternativa de litígios de consumo, de natureza pública e privada. Entre as públicas, o protagonismo corresponde às juntas arbitrais de consumo [...]. As juntas arbitrais assumem uma competência geral para o conhecimento da maioria das reclamações de consumo" (ROSA, 2018, p. 96).

[24] Segundo o preceito da Lei 7/2017, "esta lei será de aplicação às entidades de ADR estabelecidas na Espanha, tanto públicas como privadas, que proponham, *imponham* ou facilitem uma solução entre as partes" (art. 3.1). A arbitragem é um meio de ADR em que a solução do conflito é *imposta* pelo órgão arbitral. Ainda, é previsto que "quando as entidades de ADR ofereçam procedimentos com resultado vinculante para o consumidor se requererá que a criação ou constituição de ditas entidades se tenha efetuado por uma norma com força de lei ou regulamentar" (art. 6.2, Lei 7/2017).

[25] Destaca-se que o próprio legislador espanhol conferiu um papel importante às juntas arbitrais no cumprimento pela Espanha das obrigações decorrentes do direito europeu. Isso é identificado na Lei 7/2017 pelas modificações que foram introduzidas no Real Decreto 231/2008 (disposição final sexta) bem como pela referência a um plano de ajudas para gestão das juntas arbitrais de consumo que permita dotá-las de meios humanos e materiais suficientes com o objetivo de lhes facilitar o cumprimento do novo prazo para proferimento da sentença (disposição adicional terceira, Lei 7/2017).

Arbitrais de Consumo que existem na Espanha, 48 são acreditadas (MINISTERIO DE CONSUMO, 2023).

Com efeito, a Aecosan é sempre a responsável pela elaboração da lista nacional das entidades que foram acreditadas, cabendo à sua Presidência proceder à notificação dessa lista nacional à Comissão Europeia, para fins de inclui-la na sua lista única (arts. 32.1 e 2 e 26.7, Lei 7/2017). A respeito disso, ressalta-se que a lista única das entidades de ADR e as suas atualizações são publicadas na Plataforma de ODR (art. 14.4, Regulamento 524/2013).

Cabe referir que, quando a autoridade competente determine que uma entidade por ela acreditada tenha deixado de reunir algum dos requisitos necessários para acreditação ou tenha descumprido alguma das suas obrigações, ela lhe requererá a correção do descumprimento detectado em até três meses, sob pena de ser excluída da lista de entidades acreditadas (art. 33), sendo essa exclusão notificada à Comissão Europeia (art. 34, Lei 7/2017).

Finalmente, importa analisar o importante papel das Juntas Arbitrais do Sistema Arbitral de Consumo no contexto de entidades de ADR acreditadas, o que lhes permite resolver os conflitos de consumo no âmbito da Plataforma de ODR europeia. Para tanto, são examinados aspectos relativos às exigências e obrigações para acreditação e a possibilidade do seu atendimento pelo Sistema Arbitral de Consumo espanhol.

3 A conformidade do Sistema Arbitral de Consumo espanhol com o marco europeu de ADR para atuação na plataforma de ODR

A norma europeia baseia o conceito de entidade de ADR acreditada na satisfação dos requisitos de qualidade enunciados na Diretiva e nas disposições nacionais que a transpõem (arts. 5.1 e 20.1, Diretiva 2013/11). Assim, na Espanha, as entidades de ADR acreditadas, incluindo Juntas Arbitrais de Consumo acreditadas, devem demonstrar o cumprimento de determinados estândares de qualidade, cujo descumprimento pode implicar a exclusão da acreditação. O presente tópico visa verificar as exigências de qualidade e obrigações da Lei 7/2017 e em que medida a regulação das Juntas Arbitrais de Consumo responde a elas.

Elas são resumidas pelos princípios gerais reitores das entidades de ADR e dos procedimentos que administram: *transparência, eficácia, equidade, competência, imparcialidade, independência* (arts. 8, 1.1, 22, Lei 7/2017). Destaca-se que, em se tratando de arbitragem de consumo, por encerrar com uma decisão vinculante para as partes (sentença arbitral), a entidade, adicionalmente aos estândares

comuns para entidades de ADR acreditadas, sujeita-se também a determinadas regras particulares, como as de *liberdade* e *legalidade*.

O *princípio da transparência* se refere às obrigações de informações, que deve ser facilitada de forma clara e compreensível, pela entidade de ADR acreditada. Identifica-se que as informações dizem respeito tanto às características básicas da entidade e do procedimento, quanto à publicidade da atividade por ela realizada.[26]

Na primeira perspectiva, a Lei 7/2017 prevê a existência de um estatuto ou regulamento de funcionamento das entidades de ADR, que seja facilmente acessível para todos os cidadãos e inclua alguns elementos mínimos sobre o procedimento (art. 6.1). Verifica-se que, no caso das Juntas Arbitrais de Consumo, essa função já é cumprida pelo estabelecido no Real Decreto 231/2008, pelo qual é regulado o Sistema Arbitral de Consumo.

A Lei 7/2017 ainda dispõe sobre obrigações de informação e transparência, enunciado uma série de informações, que precisam ser claras e compreensíveis, a serem facilitadas na página *web* da entidade (*e.g.*, tipos de conflito para os quais têm competência, normas do seu procedimento, os efeitos do resultado ou decisão) (art. 35.1),[27] bem como enunciando os *links* que precisam ser incluídos no seu sítio *web* (para a lista nacional de entidades acreditadas, para a lista consolidada da Comissão Europeia e para a Plataforma de ODR) (art. 35.2).

Na segunda perspectiva da transparência, relativa à publicidade da atividade realizada, a Lei 7/2017 prevê que as entidades acreditadas devem disponibilizar, em seu sítio *web*, informações claras e facilmente compreensíveis sobre sua atividade no exercício anterior (art. 38.1), as quais, inclusive, devem ser enviadas à autoridade competente pela acreditação a cada dois anos (art. 38.2).

Com efeito, para serem e se manterem acreditadas, as Juntas Arbitrais de Consumo devem dar cumprimento a essas obrigações de publicidade na sua

[26] Em relação à transparência, o art. 7 da Diretiva 2013/11 prevê que os Estados-Membros devem assegurar que as entidades divulguem nos seus sítios *web*, num suporte duradouro a pedido, e por qualquer outro meio considerado adequado, informações claras e facilmente inteligíveis sobre uma série de elementos variados, que incluem características básicas da entidade e do processo de resolução do conflito (art. 7.1) e relatórios anuais de atividade, com informações sobre o funcionamento da entidade na prática (art. 7.2).

[27] Sobre isso, Olariu sugere que a Aecosan, como impulsora do processo de acreditação, poderia elaborar um modelo com os dados cuja publicação é necessária, deixando a cargo das juntas completar a informação relativa a dados particulares de cada uma, que são basicamente aquelas previstas nas letras a, c, f, k (OLARIU, 2018, p. 136-137). A saber, as informações referidas são: a) seus dados identificativos e informação de contato, incluindo endereço postal e correio eletrônico; c) as pessoas encarregadas da resolução do conflito, sua forma de nomeação e duração do seu mandato, assim como qualquer informação que permita o conhecimento e comprovação de sua formação, qualificação, experiência, independência e imparcialidade; f) as línguas oficiais espanholas e idiomas em que se podem apresentar as reclamações e nos quais se desenvolvem seus procedimentos. k) A duração média de seus procedimentos de resolução alternativa (art. 35.1, Lei 7/2017).

página *web*, ainda que tais obrigações não tenham sido previstas pelo Real Decreto 231/2008.

O *princípio da eficácia* está relacionado à acessibilidade, rapidez e baixos custos (no caso espanhol, a gratuidade) do procedimento.[28]

Em relação à acessibilidade, a Lei 7/2017 proclama que as partes não são obrigadas a atuar com a representação de advogado ou assessor jurídico (art. 10.1), bem como as partes têm acesso ao procedimento em qualquer de suas fases, podendo comparecer por si mesmas, representantes ou assistentes e podendo solicitar, se desejarem, assessoramento independente (art. 10.2). Reitera-se que o Sistema Arbitral de Consumo não exige que as partes sejam representadas por advogado ou assessor jurídico, mas que, caso queiram, podem fazê-lo.

Ainda sobre o acesso aos procedimentos, a Lei 7/2017 dispõe que o acesso, quer seja *on-line* ou não, deve ser de fácil identificação (art. 12.1), e que os serviços de informação ou atenção das entidades de ADR devem seguir os princípios da acessibilidade universal ou meios alternativos para garantir o acesso às pessoas portadoras de deficiências ou idade avançada (art. 12.2). Acredita-se que isso é implementável no âmbito das Juntas Arbitrais em conformidade com os próprios princípios, notadamente o contraditório e a igualdade entre as partes, que regulam o Sistema Arbitral de Consumo (art. 41.1, Real Decreto 231/2008). Isso porque "os princípios reitores da arbitragem de consumo por si só implicam que não se pode deixar de prestar atenção ao nível de habilidade com que contam as partes na hora de empregar as novas tecnologias" (SALORIO DIÁZ, 2019).

No que toca aos custos, a Lei 7/2017 expressamente prevê que os procedimentos serão gratuitos para os consumidores (art. 11), o que vai ao encontro do princípio da gratuidade pelo qual se ajusta o procedimento arbitral de consumo no âmbito do Sistema Arbitral de Consumo, que é financiado pela Administração Pública (art. 41.1, Real Decreto 231/2008).

Em relação à rapidez, a Lei 7/2017 estabelece que o resultado do procedimento perante entidade acreditada deve se dar no prazo máximo de 90 dias corridos (art. 20.1), prorrogáveis por prazo não superior ao previsto, em caso de especial complexidade do litígio (art. 20.2).

[28] A Diretiva europeia prevê que os Estados-Membros devem assegurar que os procedimentos de ADR sejam eficazes e cumpram determinados requisitos, *i.e.*, que estejam disponíveis e sejam facilmente acessíveis tanto *on-line*, quanto em meios tradicionais, que as partes possam ter acesso a eles sem que tenham que recorrer a um advogado ou conselheiro jurídico, que sejam gratuitos ou disponíveis aos consumidores mediante pagamento de uma taxa nominal, que a entidade notifique as partes assim que receber todos os documentos relacionados à reclamação, que o resultado seja disponibilizado no prazo de 90 dias a contar da data em que a entidade tiver recebido o processo completo de reclamação, prorrogáveis pelo mesmo prazo em casos de litígios complexos (art. 8. a-e, Diretiva 2013/11).

Nesse ponto, veja-se que o prazo de 6 meses, prorrogável por até 2 meses, para que fosse proferida a sentença na arbitragem de consumo (art. 49.1, Real Decreto 231/2008), foi expressamente objeto de modificação pela disposição final sexta da Lei 7/2017. A partir da modificação ao Real Decreto, atualmente o prazo para o proferimento e notificação às partes da sentença arbitral é de 90 dias corridos, prorrogável pelo mesmo período, o que vai ao encontro da rapidez necessária para fins de acreditação da entidade. Com isso, percebe-se que o legislador espanhol objetiva que as Juntas Arbitrais de Consumo preencham os requisitos necessários para se acreditarem para fins de resolução dos conflitos no âmbito da Plataforma de ODR.

O *princípio da equidade*, no presente contexto, compreende um conjunto de normas variadas que, em geral, parecem fazer referência às ideias de paridade de armas, contraditório e informação nos procedimentos de ADR.[29]

A Lei 7/2017 positiva o dever de que a entidade de ADR informe às partes sobre não estarem obrigadas a atuar com representação de advogado, mas que, querendo, podem fazê-lo (art. 10.1). Para se acreditarem, as Juntas Arbitrais devem promover o conhecimento das partes a respeito disso, que está em conformidade com a norma reguladora do seu procedimento.

A Lei 7/2017 também impõe que as entidades assegurem às partes o cumprimento do princípio da igualdade, respeitando suas manifestações e equilíbrio de posição; um prazo razoável para suas alegações, as quais devem ser colocadas à disposição da outra parte; e o fornecimento e intercâmbio de informação e documentação relativas à reclamação, possibilitando o acesso ao estado de sua tramitação (art. 19.1,2 e 3).

As Juntas Arbitrais de Consumo respondem a essas exigências, posto que, nos termos do Real Decreto 231/2008, o procedimento arbitral de consumo se ajusta aos princípios de audiência, contraditório e igualdade entre as partes (art. 41.1). Isso significa que as partes devem ser informadas da existência do processo, das suas fases e dos direitos que possuem, para que considerem a oportunidade de tomar respectivas medidas de resposta, garantindo o contraditório, isto é, o direito a se defender contra as provas e argumentos empregados contra si. Aponta-se que, se houver violação aos princípios fundamentais da igualdade e do contraditório e

[29] Sob a denominação de "equidade", a Diretiva 2013/11 prevê que os Estados-Membros devem assegurar às partes exigências, como: que tenham a possibilidade de se manifestar, inclusive após receberem pela entidade de ADR os argumentos e provas invocados pela outra parte e pareceres apresentados por especialistas; que sejam informadas de que não são obrigadas a recorrer a um advogado ou conselheiro jurídico, mas podem fazê-lo em qualquer fase do procedimento; e que sejam notificadas dos resultados (art. 9.1).

uma das partes restar prejudicada, essa situação poderá ser alegada em uma ação de anulação (art.41.1, b e f, Lei 60/2003).

O contraditório e a igualdade buscam um equilíbrio entre as partes, impondo que estas sejam comunicadas dos atos e instrumentos e tenham as mesmas oportunidades de se manifestar.[30] Para que as partes estejam igualmente informadas em relação ao procedimento, é estabelecido que

> todas as alegações escritas, documentos e demais instrumentos que uma das partes aporte aos árbitros será comunicado a outra parte. Igualmente, serão colocados à disposição das partes os documentos, pareceres periciais e demais instrumentos probatórios nos quais o órgão arbitral possa fundamentar sua decisão. (Art. 42.3, Real Decreto 231)

Os princípios de *competência (ou conhecimentos especializados), independência e imparcialidade* dizem respeito à garantia de que as pessoas físicas encarregadas da resolução do conflito possuam a competência necessária e sejam independentes e imparciais.[31] É considerado que "estes princípios são básicos para garantir a confiança do consumidor no sistema" (BARRAL VIÑALS, 2019, p. 43).

Em atenção às condições e qualificações das pessoas encarregadas do procedimento, a Lei 7/2017 exige dos árbitros dois requisitos: a) que estejam em pleno exercício de seus direitos civis, não tenham sido inabilitados para o desenvolvimento dessa função por sentença transitada em julgado e não incorram em incompatibilidade com o exercício de sua profissão atual e b) que estejam em posse de conhecimentos e competências necessários no âmbito da resolução alternativa ou judicial de litígios com consumidores, assim como de um conhecimento geral suficiente do Direito (art. 22.1).

Sobre os órgãos arbitrais, nos termos do Real Decreto 231, aponta-se que o árbitro proposto pela Administração sempre deverá ter a condição de ser licenciado em direito, independentemente de o conflito ser resolvido por equidade ou direito (art. 17). Especificamente nas arbitragens a serem decididas por direito, todos os

[30] Se, por um lado, uma proibição de ser ouvido em juízo atenta o direito de defesa, por outro lado, as partes não são obrigadas a exercê-lo. Veja-se que a não contestação, inatividade ou não comparecimento injustificado das partes em qualquer momento do procedimento, incluída a audiência, não impede que a sentença seja proferida com eficácia, sempre que o órgão arbitral possa decidir a controvérsia com os fatos e documentos que constam na demanda ou, se esta foi produzida, na contestação (art. 46.1, Real Decreto 231).

[31] Nesse sentido, o artigo 6 da Diretiva 2013/11 prevê o dever de que os Estados-Membros garantam que as pessoas físicas encarregadas da resolução do conflito possuam conhecimentos especializados necessários e sejam independentes e imparciais, devendo assegurar também que as entidades de ADR disponham de procedimentos para assegurar isso.

árbitros, inclusive os designados por propostas das associações de consumidores e das organizações de fornecedores, deverão ser licenciados em direito (art. 21.1).

Em todos os casos, para que sejam certificados na Junta Arbitral para integrar os órgãos arbitrais, os árbitros devem atender aos "requisitos de honorabilidade e qualificação" estabelecidos pelo Conselho-Geral do Sistema Arbitral de Consumo (art. 17 e art. 15.c, Real Decreto 231/2008).[32] Assim, os requisitos de honorabilidade dos árbitros dão cumprimento ao requisito a) do art. 22.1 da Lei 7/2017. Em relação ao requisito b), acredita-se que a intenção seja a de que os árbitros possuam um conhecimento geral das normas relativas à proteção do consumidor, de modo que os requisitos de qualificação dos árbitros dão cumprimento ao requisito b).[33]

Além disso, a Lei 7/2017 determina que as pessoas encarregadas da resolução do conflito devem atuar em todo momento com independência e imparcialidade (art. 23), exigindo atuações em caso de conflitos de interesse dessa pessoa encarregada com a parte (art. 24). Especificamente, a Lei 7/2017 garante que os árbitros a) sejam nomeados por um mandato não inferior a dois anos, b) não recebam instruções de nenhuma das partes, nem mantenham ou tenham mantido nos últimos três anos relação pessoal, profissional ou comercial com elas, e c) não tenham a retribuição recebida pelo desempenho de suas funções que guarde relação com o resultado do procedimento (art. 23.1).

O Real Decreto 231 assegura a independência e a imparcialidade dos profissionais que atuam na arbitragem de consumo no exercício das suas funções em diversas disposições (art. 11.2, art. 22, art. 38), não sendo incompatível com o regime para acreditação das entidades de ADR. Quanto a essas garantias, ressalta-se

[32] Segundo o Conselho-Geral, incorre em *honorabilidade* quem esteja em pleno exercício de seus direitos civis e não tenha sido condenado por delito doloso, na Espanha ou no estrangeiro, salvo se tenha extinguido a responsabilidade penal e não esteja inabilitado para o desempenho de empregos ou cargos públicos por decisão judicial. A respeito do critério de *qualificação*, estabeleceu-se que, na *arbitragem em direito*, são qualificados aqueles que sejam advogados em exercício ou licenciados em direito que acreditem amplos conhecimentos na normativa de proteção dos consumidores. Na *arbitragem em equidade*, são qualificados quem acredite formação específica em matéria de consumo ou experiência profissional em sua aplicação não inferior a um ano. Ademais, a superação do programa de formação de árbitros aprovado pela respectiva junta arbitral, conforme programa comum acordado pelo Conselho-Geral, servirá para determinar a suficiência de conhecimentos em matéria normativa de proteção de consumidores (CONSEJO GENERAL DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO, 2009).

[33] A respeito do "conhecimento geral suficiente do Direito", a lei não esclarece em que isso consistiria, mas, à luz da Diretiva europeia que a lei transpõe, observa-se que as pessoas responsáveis pela resolução devem possuir "os conhecimentos e as qualificações necessárias no domínio da resolução alternativa ou judicial de litígios de consumo, bem como um *conhecimento geral da lei*" (art. 6.1.a, Diretiva). Ainda sobre o requisito, há quem considere que este deve se entender cumprido pelos árbitros propostos pelas administrações, aos quais atualmente se exige a licenciatura em Direito, mas quanto aos demais árbitros a exigência desse conhecimento seria um problema, motivo pelo qual a regulação do Real Decreto 231/2008 deveria ser objeto de revisão para cumprir com as exigências da Lei 7/2017 (OLARIU, 2018, p. 135).

que a norma regula procedimentos de abstenção e recusa de árbitros (art. 22), que são ferramentas disponíveis quando questionada a objetividade do árbitro.

O requisito de tempo mínimo de mandato dos árbitros pode ser cumprido pelo fato de que a norma do Sistema Arbitral de Consumo não estabelece uma duração mínima. Em relação à retribuição, como o sistema é institucionalizado, a remuneração dos árbitros provém dos fundos da administração pública da qual a Junta é dependente, sendo atribuída com base em um valor por sentenças proferidas, sempre independentemente do conteúdo da decisão.

Ademais, verifica-se que, em conformidade com a previsão do art. 23.2 da Lei 7/2017, o Real Decreto constitui uma composição dos órgãos arbitrais colegiados do Sistema Arbitral de Consumo integrada por três árbitros acreditados elegidos entre os propostos pela Administração, associações de consumidores e organizações empresariais (art. 20.1, Real Decreto 231/2008).

Como inicialmente assinalado, quando o procedimento de ADR encerrar com um resultado vinculante para as partes, tal como ocorre no caso da arbitragem, a entidade de ADR, para ser acreditada, sujeita-se, adicionalmente aos estândares comuns já tratados, também aos princípios da liberdade e da legalidade. Esses princípios envolvem as e de que a decisão final está de acordo com o direito.

O *princípio da liberdade* envolve a ideia de que a submissão do conflito a uma entidade de ADR acreditada é consequência de um processo voluntário.[34]

Nesse sentido, a Lei 7/2017 estatui que as partes não têm obrigação de participar no procedimento perante uma entidade de ADR, salvo quando estabelecido por norma, bem como que, em nenhum caso, a decisão vinculante que ponha fim ao procedimento de participação obrigatória poderá impedir às partes o acesso à via judicial (art. 9).

Acredita-se que a liberdade é dirigida à proteção do consumidor, pois a liberdade do fornecedor é matizada pela própria Lei 7/2017 para as companhias aéreas, na medida em que prevê a criação de uma entidade única de "aceitação obrigatória e resultado vinculante" para os fornecedores desse setor (disposição adicional segunda. 2).

Por sua vez, para o consumidor, o princípio da liberdade garante que o acordo de submissão a um procedimento de resultado vinculante não lhe será vinculante quando celebrado antes do surgimento do conflito (art. 15.1), nem quando este não

[34] A Diretiva de 2013/11, ao dispor sobre a liberdade, impõe aos Estados-Membros o dever de assegurar que os acordos entre consumidores e fornecedores sobre a submissão do conflito a uma entidade de ADR não sejam vinculativos para os consumidores se celebrados antes da ocorrência do conflito e se tiverem o efeito de privá-los de ingressar com ação judicial, bem como, nos processos de ADR em que a solução para o conflito é imposta, que a solução só seja vinculativa para o consumidor que tenha sido previamente informado do caráter vinculativo e tiver aceitado (art. 10. 1 e 2).

tiver aceitado expressamente que a submissão ao procedimento de ADR significa que a decisão é vinculante e que o conflito não pode ser resolvido pela via judicial (art. 15.3).

Em se tratando da arbitragem de consumo, a convenção arbitral implica a competência dos árbitros e a incompetência do Judiciário para a resolução do conflito, devendo ser escrita em um documento firmado pelas partes ou em outros meios de comunicação eletrônica nos quais conste e seja acessível para posterior consulta (art. 24.1, Real Decreto 231/2008). E, como já abordado, ao dispor sobre o Sistema Arbitral de Consumo, a Lei Geral de Defesa dos Consumidores desde 2014 prevê expressamente a falta de vinculação das convenções arbitrais prévias para os consumidores (art. 57, Real Decreto Legislativo 1/2007).

O *princípio da legalidade* significa que, nos procedimentos de ADR que impõem uma solução, "o órgão decisório não pode resolver sem ter em conta o direito imperativo que estabelece direitos irrenunciáveis para os consumidores" (BARRAL VIÑALS, 2019, p. 43).[35]

A Lei 7/2017 pontua o princípio da legalidade prevendo que, nos procedimentos com resultado vinculante ao consumidor, a) se o litígio tiver caráter nacional, a solução imposta pela entidade de ADR não pode privar o consumidor da proteção proporcionada pelas normas imperativas que não podem ser excluídas por acordo em virtude da legislação espanhola, enquanto b) se o litígio tiver caráter transfronteiriço e houver conflito de leis, a solução imposta não pode privar o consumidor da proteção proporcionada por aquelas normas imperativas que não podem ser excluídas mediante acordo em virtude da legislação aplicável ao contrato de consumo determinada (art. 16.1).

Embora aparentemente possa haver dúvidas quanto à compatibilidade do princípio da legalidade com a possibilidade de que a arbitragem de consumo do Sistema Arbitral de Consumo seja resolvida em equidade, considera-se que tais questionamentos seriam infundados.

Como visto ao tratar da diferença entre as soluções arbitrais em equidade e em direito, demonstrou-se que a opção pela arbitragem de consumo em equidade não só *não* significa que as sentenças devam desconhecer ou contrariar normas de direito positivo, mesmo porque as normas jurídicas aplicáveis servem de apoio à decisão em equidade (art. 33.2, Real Decreto 231/2008), mas também significa que

[35] A Diretiva 2013/11 relaciona a legalidade a dois efeitos, a saber, que, em uma situação em que não haja conflito de leis, a solução imposta não tenha por efeito privar o consumidor da proteção que lhe é facultada pelas disposições não derrogáveis por acordo e que, em uma situação que envolva conflito de leis, a solução imposta não tenha por efeito privar o consumidor da proteção que lhe é facultada pelas disposições não derrogáveis da legislação do Estado em que resida (art. 11.1.a-c, Diretiva 2013/11).

devem ser aplicadas as normas de direitos reconhecidos aos consumidores, diante do seu expresso caráter irrenunciável (art. 10, Real Decreto Legislativo 1/2007).

Ademais, entende-se que a própria Lei 7/2017 corrobora a consideração de que a possibilidade de resolução em equidade não significa a privação da proteção proporcionada por normas imperativas, na medida em que contempla expressamente como obrigação que as entidades acreditadas facilitem o acesso à informação sobre, entre outros, "se o litígio é resolvido em direito ou em equidade" (art. 35.1.g).[36]

Ainda que possam ser compreendidas no contexto dos princípios ora analisados, destacam-se obrigações para as entidades acreditadas que são relevantes para o acesso, tramitação e resolução *on-line* dos conflitos. A Lei 7/2017 exige que as entidades de ADR mantenham um sítio *web* atualizado que proporcione às partes fácil acesso à informação clara e compreensível sobre o procedimento (art. 35), bem como permitam aos consumidores apresentar a sua reclamação *on-line*, por meio de um acesso simples e de fácil identificação (arts. 17.1 e 12.1, Lei 7/2017).

Nesse ponto, ressalta-se que a regulação do Sistema Arbitral de Consumo prevê expressamente a espécie da arbitragem de consumo eletrônica, que se realiza "desde a solicitação de arbitragem até o término do procedimento, incluídas as notificações, por meios eletrônicos, sem prejuízo de que alguma atuação arbitral deva se praticar por meios tradicionais" (art. 51.1, Real Decreto 231/2008). Nos termos do Real Decreto 239, que modifica o Real Decreto 231, as Juntas Arbitrais de Consumo podem usar plataformas próprias, situação em que a norma requer que os diferentes sistemas eletrônicos e plataformas garantam a compatibilidade e intercâmbio de informação.

Assim, em se tratando de Juntas Arbitrais acreditadas, os consumidores podem apresentar suas reclamações diretamente à Junta Arbitral por meio de suas plataformas ou seus sistemas eletrônicos próprios, bem como podem apresentar por meio do canal único proporcionado pela Plataforma de ODR, onde, junto ao fornecedor, podem canalizar a reclamação a essa Junta. As Juntas, portanto, poderão administrar o procedimento arbitral nas suas próprias plataformas ou pela Plataforma de ODR europeia.

Por fim, uma questão interessante em relação à disciplina da ADR/ODR na União Europeia é relacionada ao uso de dados para prevenção de conflitos. Ao encontro disso, ressalta-se que, segundo Rosa, o novo marco europeu contém um câmbio de filosofia muito importante no tratamento das reclamações, no qual a resolução de um caso deixou de ser o fim único, devendo as entidades de ADR

[36] Aponta-se que igualmente no âmbito da Diretiva é imposta a obrigação de que os Estados-Membros assegurem que as entidades de ADR divulguem as informações sobre os tipos de regras que podem tomar como base para resolução do conflito, expressamente exemplificando "considerações de equidade" (art.7.1.i, Diretiva 2013/11).

cumprir também com funções relacionadas com a prevenção dos conflitos e com a melhora do mercado (ROSA, 2020, p. 71).

Na Espanha, isso se depreende dos artigos 38 (informação anual da atividade) e 45 (cooperação entre as entidades acreditadas e as administrações públicas competentes) da Lei 7/2017.

Na informação anual que as entidades de ADR devem publicar, destaca-se que, entre outras, deve constar referência às

> práticas empresariais reiteradas que tenham originado os litígios tratados, assim como os problemas sistemáticos ou significativos que sejam recorrentes ou incidam na conflituosidade entre consumidores e fornecedores. Esta informação deve vir acompanhada de recomendações relativas ao modo de evitar ou resolver tais problemas no futuro. (Art. 38.1.b)

Ademais, a norma prevê que as entidades de ADR

> deverão cooperar com as autoridades competentes e com as administrações públicas em matéria de proteção ao consumidor, especialmente no intercâmbio mútuo de informação sobre as práticas empresariais objeto das reclamações apresentadas pelos consumidores. Igualmente, as autoridades competentes deverão colocar à disposição das entidades acreditadas qualquer tipo de estudo ou informação técnica ou jurídica disponível que possa ser relevante para o tratamento de litígios individuais. (Art. 45.2)

Com isso, objetiva-se gerar uma agregação de dados que possa fornecer informações valiosas aos consumidores, às autoridades e às empresas.[37]

[37] Exemplifica-se que, em seu relatório de informação anual, em cumprimento ao art. 38 da Lei 7/2017, a Junta Arbitral de Consumo da Andalucía informou que 70% das solicitações de arbitragem recebidas em 2022 se referiam aos setores de fornecimento energético e 20% a serviços de telecomunicações. Nesse sentido, em relação ao aspecto "práticas empresariais reiteradas que originam os litígios", a Junta comentou sobre "ausência ou atrasos na faturação elétrica, incompreensão da formação de preços e caráter elevado dos mesmos, contratação não consentida de mercado livre e serviços acessórios, descumprimento de oferta comercial ou expectativas criadas em relação a instalações de autoconsumo". Diante disso, foram apresentadas pela Junta "recomendações para evitar os litígios", a saber "a faturação em tempo e forma ou sanção às empresas; impossibilitar inclusões, exclusões e modificações de contratos sem consentimento expresso e escrito do cliente; reforço e melhora da qualidade dos serviços empresariais de atenção ao cliente; simplificação da fatura; supressão de limitações nas ofertas públicas de adesão, penalização pelo descumprimento de sentenças arbitrais e mediações" (JUNTA DE ANDALUCÍA, 2023). É possível observar que o relatório apresentado não oferece um aprofundamento das informações – *e.g.*, como a apresentação de percentuais desses assuntos e problemas mais reclamados ou de um índice relativo ao resultado dessa arbitragem (procedência ou improcedência dos pedidos, não resolução do

Para Rosa, a especialização das entidades de ADR em um setor de reclamações é um fator importante para melhorar os objetivos do marco regulador europeu, pois tais entidades estão em melhor posição para identificar problemas específicos e recorrentes e transmitir essa informação e a recomendação de soluções (ROSA, 2020, p. 71). Atualmente, ainda que existam seções especializadas, como as seções de reclamações turísticas das Juntas Arbitrais das Comunidades Autonômicas da Andalucía e de Madrid, verifica-se que não são agregadas e publicadas informações específicas e recomendações sobre o tratamento dos conflitos desse setor.

Não obstante ainda esteja sendo subutilizada a obtenção de informações por meio da ADR/ODR para prevenção dos conflitos, é importante considerar que, com o crescimento de usuários em plataformas de ODR e a expansão dos recursos de computação, mostra-se relevante explorar a potencialidade dos estudos sobre os conflitos tratados inclusive nas arbitragens eletrônicas, com ênfase na mineração de conhecimento em bancos de dados, diante das possibilidades de maior compreensão das razões pelas quais ocorrem as violações aos direitos e de melhor projeção de formas de prevenção efetiva, por alterações normativas, por diálogos com agências reguladoras para subsidiar funções fiscalizatórias, pela demonstração a alguns litigantes habituais de que a resolução dos seus conflitos com consumidores podem representar ativo para fidelização destes e aumento de negócios (MALONE; NUNES, 2022, p. 321).

4 Perspectivas e desafios sobre a utilização da ADR/ODR de consumo

Conforme o último Relatório de Funcionamento da Plataforma de ODR, publicado em dezembro de 2021, em relação ao ano de 2020, a Plataforma registrou 3,3 milhões de visitantes em 2020, uma média de 275 mil por mês. Na perspectiva

mérito, incorporação de acordo) – e que algumas recomendações são bastante genéricas. Ainda, sequer foram apresentadas informações relativas às práticas empresariais reiteradas que tenham originado os litígios (e respectivas recomendações) relativos ao segundo setor mais reclamado, que foi responsável por 20% de todas as reclamações recebidas. Ademais, não se tem conhecimento de que tenha havido uma atuação pela própria Junta, no que lhe compete, e por demais autoridades competentes capazes de aprofundar o estudo das informações e recomendações, desenvolvê-las e eventualmente implementá-las. Daí por que se pode concluir que ainda estaria sendo subutilizado o potencial da ADR/ODR na prevenção de conflitos. Ainda assim, não se pode desconhecer que já vêm ocorrendo avanços, pois, no mesmo relatório apresentado no ano anterior, não foram apresentados os percentuais relativos aos setores responsáveis pelas maiores solicitações de arbitragem, bem como "recomendações para evitar os litígios" se limitaram simplesmente a redirecionar o leitor ao *link* "www.consumoresponde.es", que corresponde a uma plataforma informativa geral em matéria de consumo dependente do órgão de Consumo da Junta de Andalucía (JUNTA DE ANDALUCÍA, 2022).

do consumidor, verifica-se que, em uma comparação direta com o período de agosto a dezembro de 2019, foi revelado um aumento de 70% nas reclamações apresentadas, tanto reclamações tradicionais como recurso a conversações diretas.

Por outro lado, é interessante apontar que 89% das reclamações formalmente apresentadas na plataforma foram automaticamente encerradas após o prazo legal de 30 dias para que o fornecedor pudesse possivelmente concordar com um procedimento de ADR. Nesse cenário, 6% dos fornecedores discordaram com um procedimento de ADR, 4% das reclamações foram retiradas pelo consumidor e apenas 1% das reclamações foram submetidas a uma entidade de ADR (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

Tais dados indicam que, se, por um lado, os consumidores estão cada vez mais recorrendo à Plataforma, por outro, ainda não é possível considerar que os fornecedores estejam engajados nela.

Essa apuração é confirmada pelas indicações da Comissão no último Relatório sobre a implementação do novo quadro europeu para ADR e ODR, pulicado em 2019. Ainda que os dados fossem escassos (pois o estabelecimento de sistemas integrais de ADR em matéria de consumo em toda a União não foi alcançado até o final de 2018, como consequência da transposição tardia da Diretiva), foi concluído pela Comissão que o quadro da ADR continua a ser subutilizado, identificando-se alguns desafios principais, entre os quais estão os relativos ao conhecimento e percepções sobre ADR e à participação dos fornecedores nos procedimentos de ADR

Nesse relatório, no que toca à implementação da ODR por meio da Plataforma, a Comissão concluiu que o elevado número de visitantes e reclamações apresentadas demonstram a sua muito boa aceitação por parte dos consumidores, todavia o número muito baixo de conflitos que acabam por ser transmitidos a uma entidade de ADR indica que o fluxo de trabalho legalmente prescrito na Plataforma apresenta deficiência em relação ao requisito de as partes terem de chegar a acordo sobre uma entidade de ADR antes de a Plataforma transmitir o litígio a essa entidade (COMISSÃO EUROPEIA, 2019b).

Em relação aos consumidores, verifica-se que, com base em dados publicados em 2023, a ADR/ODR tem uma boa aceitação e o seu resultado é mais satisfatório, principalmente quando comparados ao Poder Judiciário (COMISSÃO EUROPEIA, 2023a, p. 24).[38]

[38] No que toca ao conhecimento e a percepções da ADR pelos consumidores, citam-se os últimos dados do Painel de Avaliação das Condições dos Consumidores publicados em 2023 pela Direção-Geral da Justiça e dos Consumidores da Comissão Europeia. De acordo com os dados, os consumidores percebem que é mais fácil resolver a disputa por meio de uma entidade extrajudicial (de arbitragem, mediação, conciliação etc.) em comparação com fazê-lo por meio do Judiciário: "cerca de 45% dos consumidores consideram que é fácil resolver litígios com retalhistas e prestadores de serviços através de um órgão extrajudicial, em

Por sua vez, no que toca à participação dos fornecedores nos procedimentos, o relatório de implementação de 2019 apontou que, ainda que a participação geral dos fornecedores na ADR tenha aumentado de forma lenta, mas constante, desde 2014, "apenas um em cada três está disposto a usar a ADR, o que é claramente insuficiente, mesmo tendo em conta que um número significativo de fornecedores que não usam a ADR resolve os litígios bilateralmente com o consumidor" (COMISSÃO EUROPEIA, 2019b). Reitera-se que, segundo o relatório de funcionamento de 2021, 89% das reclamações formalmente apresentadas na plataforma foram automaticamente encerradas após o prazo legal de 30 dias para que o fornecedor pudesse possivelmente concordar com um procedimento de ADR.

Para investigar os motivos pelos quais os fornecedores não parecem engajar com os consumidores para ADR, interessa analisar os dados sobre o conhecimento pelos fornecedores das entidades de ADR no seu país e se eles optariam por tais procedimentos para resolver as disputas com os consumidores, contidos em um relatório publicado em 2019 pela Direção-Geral da Justiça e dos Consumidores da Comissão Europeia.[39] Os dados parecem explicar o baixo engajamento dos fornecedores na Plataforma: grande parte deles não têm conhecimento sobre a ADR ou não estão dispostos a usá-la.

Para melhorar o conhecimento sobre a ADR, inclusive pelos fornecedores, e aumentar a sua aceitação, a Comissão refere que por ela foram adotadas diversas medidas de publicidade, formação, subsídios. Sobre a participação dos fornecedores nos procedimentos, a Comissão ainda refere que, com base na flexibilidade que a Diretiva proporciona para a concepção dos panoramas nacionais pelos Estados-Membros, vários Estados desenvolveram ou mantiveram modelos de ADR que geram taxas de participação elevadas, como ocorre em modelos em que a participação do fornecedor é obrigatória pela legislação nacional ou em que é incentivada por um mecanismo específico (COMISSÃO EUROPEIA, 2019b).

Em relação à adoção de medidas relativas aos fornecedores na Espanha, veja-se que "o terreno que menos se avançou na Espanha é o estabelecimento de

comparação com 34% que consideram fácil recorrer aos tribunais". Ainda, assinala-se que o percentual dos consumidores que se mostraram satisfeitos e bastante satisfeitos, entre aqueles que apresentaram uma reclamação, foi maior quando a reclamação foi tratada por uma entidade de ADR (69%) do que diretamente pelo fornecedor (65%) e por ação judicial (3%).

[39] Os resultados mostram que, enquanto a metade dos fornecedores (53,4%) indicou estar ciente de mecanismos de ADR, destes apenas 30,4% declararam que estão dispostos a usar esses procedimentos, 15% declararam que não há nenhum mecanismo de ADR disponível no seu setor e, finalmente, 8% explicitamente declararam que não estão dispostos a usar ADR. O percentual dos fornecedores que não estão cientes da existência da ADR é de 43,4%, e 5,2% não souberam responder (COMISSÃO EUROPEIA, 2019a). Trata-se da informação mais recente sobre o tema nos Painéis de Avaliação das Condições dos Consumidores, na medida em que, até 2019, esse relatório continha pesquisas sobre as atitudes dos fornecedores em relação ao seu conhecimento e uso de mecanismos de ADR.

estímulos ou incentivos à participação das empresas em procedimentos perante entidades de ADR" (ROSA, 2018, p. 99). Durante a tramitação do Projeto de Lei pela qual se incorporou ao ordenamento jurídico espanhol a Diretiva 2013/11, até foram apresentadas propostas com essa orientação, as quais, contudo, não foram adotadas.[40]

Sobre a obrigatoriedade, menciona-se que há modelos de ADR com resultado vinculante em que os fornecedores são obrigados a participar, como ocorre com a arbitragem de consumo necessária no direito português em relação, desde 2011, ao âmbito dos serviços essenciais (água, eletricidade, gás, transporte) (art. 15.1, Lei 23/1996 portuguesa), e, desde 2019, aos conflitos gerais de consumo de reduzido valor econômico (até □5.000) (art. 14. 2 e 3, Lei 24/1996 portuguesa).[41]

[40] A emenda 93 visava adicionar uma nova disposição final à lei espanhola de transposição da Diretiva, cujo conteúdo modificaria o texto consolidado da Lei de Contratos do Setor Público para incluir as obrigações de que, nos contratos de gestão de serviços públicos cujos destinatários finais sejam consumidores, estes sejam informados a respeito dos seus direitos relativos às vias de solução dos conflitos e lhes seja oferecida a possibilidade de resolver seus litígios por meio de uma entidade de ADR acreditada. Por sua vez, a emenda 94 visava adicionar uma nova disposição final à lei de transposição da Diretiva, cujo conteúdo modificaria a Lei Geral de Subvenções, para incluir entre as obrigações dos beneficiários de subvenções que, no caso de o beneficiário ser um empresário que preste seus serviços aos consumidores, este prove, antes de ser proferida a proposta de decisão de concessão, que, para a resolução de litígios, tenha aderido a uma entidade de ADR acreditada.

[41] Em relação à relevância da arbitragem obrigatória ao fornecedor de serviços essenciais, Cortés e Rosa citam que "o número de casos registrados em Portugal relativos à Arbitragem de Consumo no âmbito dos serviços essenciais aumentou cerca de 200% desde 2011. [...] O aumento tão notável no número de reclamações [no âmbito de água, eletricidade e gás] (apesar de ser um número total muito modesto pelo tamanho do país) mostra a importância que adquiriu em Portugal a arbitragem obrigatória no âmbito dos serviços públicos essenciais. Tudo aponta que, sem esta previsão especial, os agentes econômicos teriam concordado com os casos perante Arbitragem de Consumo em uma menor proporção, de tal maneira que teriam obrigado aos consumidores recorrerem aos órgãos judiciais, com os custo inerentes de ditos processos. O que está em jogo é a efetividade dos direitos dos consumidores, os quais, sem a arbitragem obrigatória, não teriam conseguido resolver seu litígio" (CORTÉS; ROSA, 2016, p. 50). Cebola também aponta o efeito do alargamento, em 2019, da arbitragem necessária a todos os conflitos de consumo até 5.000 euros: "o impacto desta medida legislativa parece ser visível no aumento do número de processos que deram entrada nos centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica. Com efeito, em 2019 foram apresentadas 6.617 reclamações sendo que, em 2020, este número cresceu para 8.477 processos entrados". A respeito da arbitragem de consumo necessária, a autora ainda explica que "em Portugal a previsão da arbitragem necessária para conflitos de consumo parece ser comumente aceita, uma vez que o Tribunal Constitucional não foi chamado a pronunciar-se sobre a sua previsão". Isso porque "existindo para todos os efeitos uma equiparação total entre a sentença arbitral proferida pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo e uma sentença judicial, percebe-se que a constitucionalidade da arbitragem nesta sede nunca tenha sido questionada" (CEBOLA, 2022, p. 38; 40-42). É preciso referir que, em Portugal, e de acordo com o regulamento harmonizado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, "a sentença arbitral tem o mesmo caráter obrigatório e a mesma força executiva de uma sentença de um tribunal judicial, sendo apenas suscetível de recurso se o valor do processo for superior ao da alçada do tribunal judicial de primeira instância e tiver sido decidida segundo o direito" (art. 15.4). Também se verifica que, diferentemente da regra geral para a arbitragem de consumo na Espanha, "o Árbitro decide segundo o direito, salvo se as partes acordarem que o conflito seja decidido segundo a equidade" (art. 14.9, Regulamento do CNIACC-Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo). Assim, a sentença arbitral de consumo pode ser objeto de recurso para o Judiciário quando

No que toca à Espanha, Rosa reconhece que, se os fornecedores estiverem indispostos a participar, toda a proteção construída pela Diretiva sobre ADR e pela legislação espanhola que aposta nas Juntas Arbitrais de Consumo "se converte em fumaça". Ainda assim, o autor refere que, a respeito da arbitragem obrigatória para os fornecedores, "esta possibilidade, contudo, na Espanha deve ser descartada após a sentença do TC de 11 de janeiro de 2018" (ROSA, 2020, p. 75).

Há quem discorde de Rosa nesse ponto, entendendo que a arbitragem de consumo obrigatória para o fornecedor implica uma limitação justificada ao direito à tutela judicial efetiva, e, com base na própria decisão de 2018, poderia ser estabelecida pelo legislador, uma vez que se verifica a possibilidade de revisão de mérito pelo Judiciário na ação de anulação por violação à ordem pública.

A referida decisão do Tribunal Constitucional espanhol de 2018 resolveu a questão de inconstitucionalidade do art. 76 e) da Lei 50/1980, de contratos de seguro (ESPANHA, 2018). O dispositivo questionado atribuiu uma faculdade ao segurado, que poderia submeter a controvérsia à arbitragem ou a via judicial; mas o exercício pelo consumidor do direito de submeter à arbitragem implica o dever do fornecedor de se submeter ao procedimento. No caso, foi apresentada questão de inconstitucionalidade com fundamento no fato de que a imposição da arbitragem para uma das partes do contrato de seguro de defesa jurídica vulneraria o direito à tutela judicial efetiva (arts. 24.1 e 117.3, Constituição).

Em sua decisão por maioria, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade do dispositivo, entendendo que o preceito implica a obrigação de uma das partes de se submeter à arbitragem pela vontade da outra, bem como o impedimento do Judiciário de conhecer o conflito submetido à arbitragem, pois o controle judicial da sentença arbitral não compreende o mérito do caso. É interessante destacar que o Tribunal referiu que o estabelecimento de fórmulas de arbitragem obrigatória respeitaria o artigo 24.1 sempre que o controle judicial sobre a sentença arbitral pudesse afetar questões de mérito.

No contexto da decisão, foram proferidos votos particulares dissidentes pelos Magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Riós e Narváez Rodríguez, ao qual aderiu Enríquez Sancho, cujas argumentações consideram que a limitação à tutela judicial efetiva do fornecedor não é arbitrária, mas plenamente justificada à luz da efetiva proteção do consumidor.

Em seus votos, foi ressaltado que a restrição da autonomia da vontade ou liberdade individual do fornecedor é justificada em prol da salvaguarda de interesses gerais representados pela necessidade de amparar aquele que está em uma

o valor do processo for superior ao de alçada do tribunal de primeira instância e desde que as partes não tenham acordado pela decisão em equidade.

situação de manifesta desigualdade. Essa desigualdade no consumidor é verificada na relação contratual entre as partes, que se concretiza por meio de contratos de adesão nos quais a autonomia da vontade do consumidor já é reduzida à mínima expressão. Assim, preceitos que impõem o direito ao consumidor de resolver o conflito pela arbitragem ou pelo Judiciário (e o respectivo dever do fornecedor de participar obrigatoriamente na arbitragem, caso tenha sido a opção de acesso à justiça escolhida pelo consumidor) respondem à ideia de restabelecimento do equilíbrio das partes no contrato, após a verificação de um ponto de partida contratual claramente vantajoso para o fornecedor.

Essa limitação permite a efetiva proteção do consumidor, parte frágil da relação e sujeito jurídico constitucionalmente protegido, bem como essa medida se consubstancia em uma arbitragem que permite alcançar a proteção dispensada pela regulação substantiva, diante do que o fornecedor não se vê privado de seu direito de defesa, já que um árbitro, independente e imparcial, observando os princípios do contraditório, audiência e igualdade em todo o procedimento, emitirá um laudo arbitral motivado da decisão, o qual pode ser objeto de controle judicial nos termos da lei.

Além disso, com base na própria decisão da maioria do Tribunal Constitucional espanhol de 2018, que expressamente referiu que a arbitragem poderia ser obrigatória ao fornecedor se houvesse um controle judicial de mérito, seria possível admitir na Espanha que a arbitragem de consumo seja obrigatória ao fornecedor. Isso porque se verificou que a jurisprudência espanhola, na prática, analisa a não aplicação da legislação aplicável como violação à ordem pública motivadora de ação de anulação. Assim, a ação de anulação por violação à ordem pública, enquanto cláusula geral que na prática vem permitindo um controle de mérito pelo Poder Judiciário, legitimaria a possibilidade de que seja regulada a arbitragem obrigatória ao fornecedor, sem que se fale em violação ao seu direito à tutela judicial.

Diante do exposto, é defendido que o Sistema Arbitral de Consumo espanhol, no qual são estabelecidas todas as garantias de efetivo acesso à justiça e devido processo, poderia prever a arbitragem obrigatória para o fornecedor nos casos em que se mostre medida necessária para assegurar a proteção do consumidor, a efetividade do sistema de ADR/ODR, a descarga do Poder Judiciário, como, *e.g.*, nos conflitos de baixo valor econômico (até □3.000),[42] nos conflitos envolvendo os serviços públicos essenciais, ou nos conflitos envolvendo os principais setores

[42] Barceló Compete propõe que a arbitragem de consumo seria potestativa para o consumidor, mas obrigatória para o fornecedor nos litígios cuja quantia não exceda os três mil euros, sendo que a eleição da quantia está relacionada com o alcance do recurso de apelação estabelecido pela lei processual civil (BARCELÓ COMPETE, 2021, p. 19). A respeito do alcance do recurso de apelação, é previsto que: "as sentenças proferidas em toda classe juízo, os autos definitivos e aqueles outros que a lei expressamente assinale

em que os fornecedores tendem a não engajar nos procedimentos, com base em uma análise dos dados informados pelas Juntas Arbitrais.

À luz do ordenamento espanhol, seria possível concluir que um modelo nesse sentido seria uma restrição ao direito do fornecedor à tutela judicial justificada e proporcional, pois obedece a um fim constitucionalmente legítimo, é adequada ao fim perseguido e é proporcional aos fins e interesses constitucionalmente protegidos. Por outro lado, ainda seria possível entender que o direito à tutela judicial estaria preservado com base na própria prática judicial que vem admitindo o exame judicial da aplicação pelo árbitro da legislação aplicável em sede de ação de anulação da sentença arbitral com base no motivo de violação à ordem pública.

Conclusão

Ao analisar o importante papel do Sistema Arbitral de Consumo no contexto da resolução de conflitos de consumo na Espanha, é possível concluir que esta arbitragem de consumo, enquanto procedimento de resolução alternativa institucionalizado que permite garantir direitos e interesses dos consumidores, está compreendida no conceito de efetivo acesso à justiça e no contexto do dever pelos poderes públicos de alta proteção do consumidor. Esse Sistema assegura o acesso ao consumidor a um procedimento eficaz, em razão de um conjunto de características, como celeridade, gratuidade, informalidade, unidirecionalidade, bem como que esse acesso seja efetivado à luz da ordem jurídica justa e de um elevado nível de proteção ao consumidor, na medida em que são respeitadas as garantias mínimas do devido processo e assegurados o equilíbrio entre as partes pela composição do órgão arbitral, pela independência e imparcialidade dos decisores, pela aplicação de normas imperativas de direitos do consumidor e pela possibilidade de controle judicial do resultado.

No âmbito do novo marco europeu da ADR/ODR de consumo, identifica-se que, por meio do Regulamento 524, a Plataforma de ODR igualmente assegura aos consumidores um acesso simples à justiça, bem como, por meio da Diretiva 2013/11, as entidades de ADR, o procedimento de ADR e seus resultados cumpram com as obrigações e exigências de qualidade que garantem um acesso à justiça adequado às garantias e direitos fundamentais, em atenção aos estândares de transparência, eficácia, equidade, competência, imparcialidade, independência e, em se tratando de procedimento de vinculantes, de liberdade e legalidade.

serão apeláveis, com exceção das sentenças proferidas nos juízos verbais por razão da quantia quando esta não supere os 3.000 euros" (art. 455.1, Lei 1/2000).

Ao examinar o Sistema Arbitral de Consumo na Espanha à luz do novo marco europeu, é possível concluir que a regulação da arbitragem de consumo espanhola responde às exigências de qualidade e obrigações impostas pela Lei 7/2017, pela qual a Diretiva 2013/11 da União Europeia é incorporada ao ordenamento jurídico espanhol. Assim, as Juntas Arbitrais de Consumo e os seus órgãos arbitrais, em geral, têm aptidão para tramitar e resolver os conflitos de consumo no âmbito da Plataforma de ODR europeia, porém, em razão da voluntariedade para o procedimento de acreditação, é preciso que cada uma das Juntas requeira a acreditação perante a autoridade competente, a fim de que seja incluída na lista nacional da Aecosan e notificada à lista única da Comissão Europeia.

Em atenção à implementação do marco europeu, percebe-se que, em relação aos consumidores, a ADR/ODR tem uma boa aceitação e o seu resultado é mais satisfatório, principalmente quando comparados ao Poder Judiciário. Por outro lado, os fornecedores não parecem engajar com os consumidores para ADR, em razão principalmente da sua falta de conhecimento e da sua indisposição para engajar no procedimento de ADR na Plataforma de ODR.

Para que todo o marco europeu não se torne simplesmente fumaça quando o fornecedor não responder ao consumidor que queira iniciar um procedimento de ADR na Plataforma de ODR para resolver o conflito, são necessárias medidas que proporcionem o conhecimento sobre a ADR e incentivos para sua utilização, além da possibilidade de reflexão a respeito da implementação de um modelo em que a participação do consumidor seja facultativa, mas a de alguns fornecedores seja obrigatória pela legislação nacional.

Referências

BARCELÓ COMPETE, Rosa. La propuesta de arbitraje de consumo obligatorio en españa: el impulso definitivo al ‘access to justice’. *Revista Jurídica sobre Consumidores*, n. 9, p. 7-21, jul. 2021.

BARRAL VIÑALS, Immaculada. La resolución extrajudicial de conflictos con consumidores tras la ley 7/2017: la mediación de consumo y los otros adrs. *In*: BARRAL VIÑALS, Immaculada (Org.). *El sistema de adr/odr em conflictos de consumo*: aproximación crítica y prospectiva de futuro. Barcelona: Atelier, 2019.

CEBOLA, Cátia Marques. Revisitar os centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal: evolução recente e tendências de digitalização. *Revista Jurídica Portucalense*, Porto, v. 3, p. 23-48, 2022. Número especial.

COMISSÃO EUROPEIA. Directorate-General for Justice and Consumers. *Consumer conditions scoreboard*. 2023 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023a.

COMISSÃO EUROPEIA. Directorate-General for Justice and Consumers. *Consumer conditions scoreboard.* Consumers at home in the single market. 2019 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019a.

COMISSÃO EUROPEIA. *Funcionamento da plataforma europeia de RLL*. Relatório estatístico de 2020. dez. 2021. Disponível em: https://commission.europa.eu/system/files/2022-01/just-2021-07677-00-00-pt-tra-00.pdf Acesso em: 15 maio 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social europeu. COM(2019) 425 final*. Bruxelas, 25 set. 2019b. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2019:425:FIN. Acesso em: 15 maio 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. *Resolución de litigios en línea*. Cómo funciona. 2023b. Disponível em: https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks#%20heading-3. Acesso em: 15 maio 2023.

CONSEJO GENERAL DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. *Criterios de honorabilidad y cualificación para la acreditación de los árbitros que itervienen en el sistema arbitral de consumo.* 24 fev. 2009.

CORTÉS, Pablo. *Online dispute resolution for consumers in the European Union.* Oxon: Routledge, 2011.

CORTÉS, Pablo; ROSA, Esteban de la. *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España*. Una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el derecho comparado. Zaragoza: Adicae, 2016.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, p. 13-37, maio/ago. 2000.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 1/2018*. Relator: Magistrada Encarnación Roca Trias. Madrid, 11 jan. 2018.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 174/1995*. Relator: Magistrado Fernando García-Mon y González-Regueral. Madrid, 23 nov. 1995.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 65/2021.* Requerente: Banco Santander, S.A. Relator: Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Madrid, 15 mar. 2021.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. *Sentencia 1/2018*. Requerente: Camila. Requerido: Instituto Clínico Capilar y Estético Tricolarses S.L. Relator: Magistrado Jordi Segui Puntas. Barcelona, 8 jan. 2018.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. *Sentencia 316/2023*. Requerente: Emvialsa Empresa Municipal. Requerido: Nuicon Construcciones y Proyectos. Relator: Magistrado Jose Manuel Suárez Robledano. Madrid, 17 jan. 2023.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. *Sentencia 42/2019*. Requerente: Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid S.A. Requerido: Ocio Sotomayor S.L. Relator: Magistrado Celso Rodriguez Padron. Madrid, 30 out. 2019.

ESPANHA. Tribunal Superior de Justicia Illes Balears. *Sentencia 5/2022*. Requerente: Electrica Sollerense S.A.U. Requerido: Carlos Jesús. Relator: Magistrado Carlos Gomez Martinez. Palma de Mallorca, 12 dez. 2022.

ESPANHA. Tribunal Supremo. *Sentencia 429/2009*. Recorrente: María Antonieta. Recorrido: Humberto. Relator: Magistrado Juan Antonio Xiol Rios. Madrid, 22 jun. 2009.

FRANCISCO, Diana Marcos. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

IBOLEÓN, Belén. *El proceso arbitral*: una perspectiva procesal de arbitraje de consumo. Madrid: Dykinson, 2012.

JUNTA ARBITRAL REGIONAL DE CONSUMO. *Memoria de actividades 2022*. Madrid, 2023. Disponível em: https://gestiona3.madrid.org/bvirtual/BVCM050927.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

JUNTA DE ANDALUCÍA. *Memoria de actividades de la junta arbitral de consumo de andalucía 2021.* Sevilla, maio 2022. Disponível em: https://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Memoria%20de%20Actividades%20JACA%202021_0.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

JUNTA DE ANDALUCÍA. *Memoria de actividades de la junta arbitral de consumo de Andalucía 2022*. Sevilla, maio 2023. Disponível em: https://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Memoria%20de%20Actividades%20JACA%202022.pdf.

MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. *Manual da justiça digital*: compreendendo a online dispute resolution e os tribunais online. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. La nueva regulación del arbitraje de consumo: el real decreto 231/2008, de 15 de febrero. *Diario La Ley*, n. 6905, mar. 2008.

MINISTERIO DE CONSUMO. *Estadísticas de la Actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo*: 2022. Disponível em: https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/230405_oie_54097_actividadsac_2022.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

MINISTERIO DE CONSUMO. *Juntas arbitrales*. 2023. Disponível em: https://www.consumo.gob.es/es/consumo/juntasArbitrales. Acesso em: 15 maio 2023.

OLARIU, Ozana. El sistema español de arbitraje de consumo ante su acreditación europea. *In*: ROSA, Fernando Esteban de la; OLARIU, Ozana (Org.). *La resolución de conflictos de consumo*: la adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR). Cizur Menor: Arazandi, 2018.

ORTEGA HERNÁNDEZ, Rolando Joaquín. *Mecanismos alternativos de resolución de conflitos por medios electrónicos*. Barcelona: Bosch, 2019.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Arbitragem coletiva e a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 409-446, jul./dez. 2021.

ROSA, Fernando Esteban de la. El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva lei 7/2017, de 2 de noviembre. *In*: ROSA, Fernando Esteban de la; OLARIU, Ozana (Org.). *La resolución de conflictos de consumo*: la adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR). Cizur Menor: Arazandi, 2018.

ROSA, Fernando Esteban de la. Los retos del nuevo marco europeo para el sistema español de arbitraje de consumo. *Revista de Derecho Privado*, n. 5, p. 67-81, set./out. 2020.

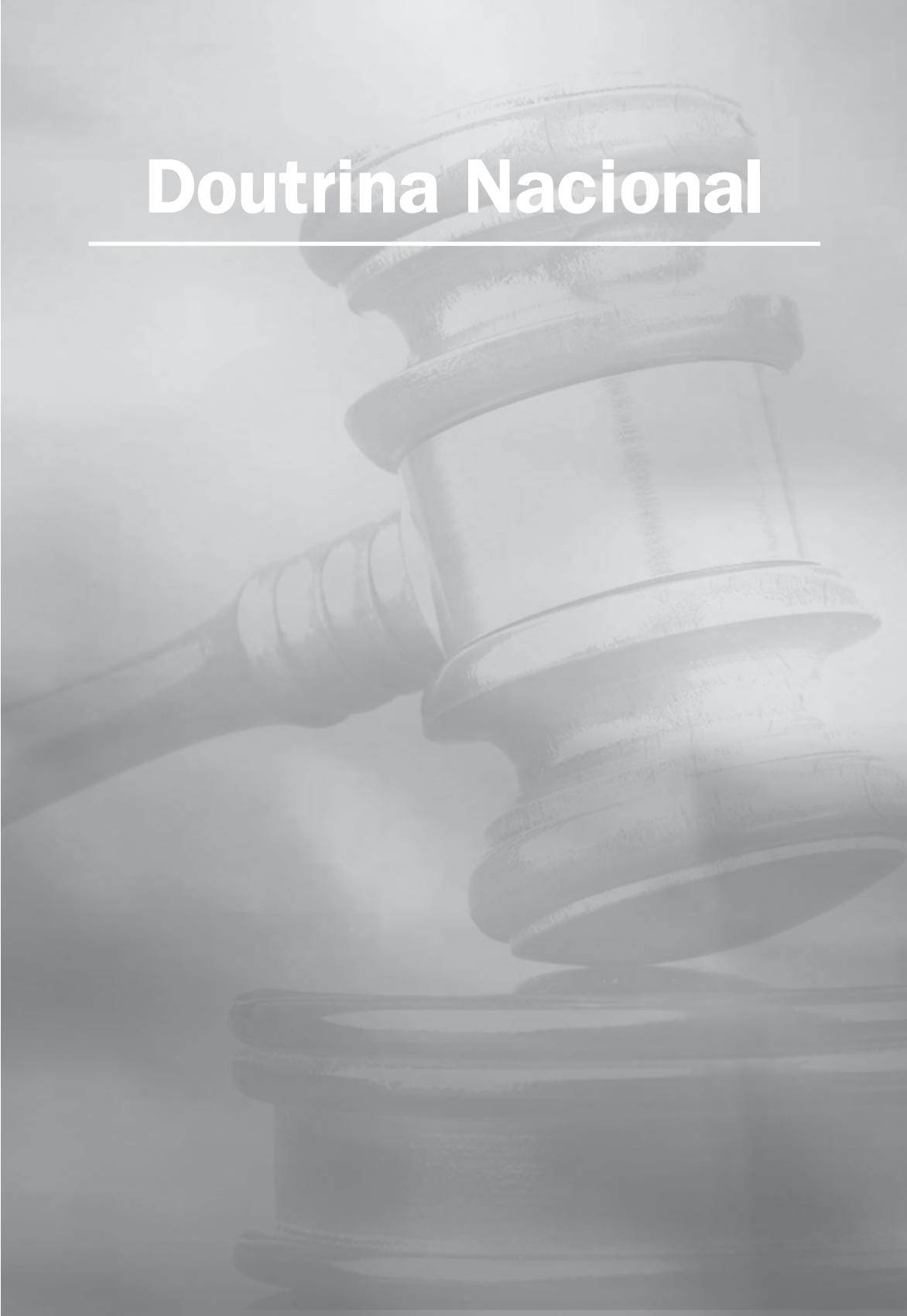
SALORIO DIÁZ, Juan M. *Arbitraje de consumo*: sistema y procedimiento. Cizur Menor: Arazandi, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JOÃO, Catharine Black Lipp; PARDO, Guillermo Orozco. A conformidade da arbitragem de consumo do sistema espanhol de acesso à justiça e de proteção dos consumidores ao novo marco europeu de ADR/ODR de consumo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 105-140, jul./dez. 2023.

Submissão: 25.05.2023
Pareceres: 11.10.2023, 13.11.2023
Aceite: 13.11.2023

Doutrina Nacional



PUNINDO O AGRESSOR E/OU PROTEGENDO A VÍTIMA? UMA ANÁLISE DAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA PAUTA DA SEGURANÇA PÚBLICA NO CONGRESSO NACIONAL ENTRE 1989 E 2019

PUNISHING THE AGGRESSOR AND/OR PROTECTING THE VICTIM? AN ANALYSIS OF THE LEGISLATIVE INITIATIVES ON VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE PUBLIC SECURITY AGENDA AT THE NATIONAL CONGRESS BETWEEN 1989 AND 2019

Patricia de Oliveira Burlamaqui

Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, Rio de Janeiro. Pós-Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF), Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro. *E-mail*: pburlamaqui@gmail.com.

Leandro Molhano Ribeiro

Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro. Professor da Fundação Getúlio Vargas/Direito-RJ, Rio de Janeiro. *E-mail*: leandro.ribeiro@fgv.br.

Resumo: O artigo analisa as proposições legislativas sobre a violência contra a mulher no debate legislativo do Congresso Nacional sobre segurança pública entre 1989 e 2019. Primeiro, descreve-se o debate mais amplo sobre segurança pública no Congresso Nacional, que abriga matérias específicas de enfrentamento à violência contra a mulher, a partir de uma análise quantitativa de 2.591 casos. Parte-se da premissa de que o contexto mais ou menos conservador das iniciativas sobre a segurança pública configurara cenários mais ou menos hostis à discussão de políticas específicas sobre a violência contra a mulher. Posteriormente, 202 proposições relacionadas à violência contra a mulher

são qualitativamente analisadas e classificadas em uma tipologia especialmente criada a partir de parâmetros que informam a leis Maria da Penha e do Feminicídio. Foram definidas duas dimensões para medir o grau de punitivismo e o grau de medidas de proteção das proposições, permitindo analisar o quanto os parlamentares se preocuparam em equilibrar medidas repressivas, tipicamente consideradas conservadoras, com medidas de proteção e de respeito aos direitos fundamentais em suas iniciativas sobre a violência contra a mulher. Os dados apresentados revelam uma tendência punitivista nas propostas sobre o tema e tentativas de modificar a própria Lei Maria da Penha, o que poderia levar à sua descaracterização.

Palavras-chave: Processo decisório do legislativo. Violência contra a mulher. Política de segurança pública. Direito fundamental.

Abstract: The article analyzes legislative proposals on violence against women in the legislative debate of the National Congress on public security between 1989 and 2019. Firstly, it describes the debate on public security in the National Congress encompassing specific measures to tackle violence against women, based on a quantitative analysis of 2591 cases. It is based upon the premise that more (less) conservative contexts of initiatives on public security configured more (less) hostile scenarios for the discussion of specific policies on violence against women. Subsequently, 202 proposals related to violence against women are qualitatively analyzed and classified into a typology specially created based on parameters that inform the Maria da Penha and Femicide laws. Two dimensions were defined to measure the degree of punitiveness and the degree of protection measures of the proposals, enabling the analysis of how much lawmakers were concerned with balancing repressive measures, typically considered conservative, with protection measures and respect for fundamental rights in their initiatives on violence against women. The data reveals a punitive trend in the proposals on the subject and attempts to modify the Maria da Penha Law itself, which could lead to its mischaracterization.

Keywords: Decision-making. Legislative process. Violence against women. Public security policy. Fundamental rights.

Sumário: **1** Introdução – **2** O contexto do debate legislativo sobre segurança pública no Congresso Nacional – **3** O contexto do debate legislativo da temática da violência contra a mulher na pauta ampla da segurança pública no Congresso Nacional – **4** Considerações finais – Referências – Anexos

Summary: **1** Introduction – **2** The context of the legislative debate on public security at the Congresso Nacional – **3** The context of the legislative debate on the issue of violence against women at the Congresso Nacional – **4** Conclusion – Bibliography – Annex

1 Introdução

No contexto da redemocratização, o tema da segurança pública passou a ser discutido de forma intensa no debate público brasileiro, devido, principalmente, ao aumento da criminalidade violenta do país, particularmente, em grandes centros urbanos como São Paulo, Belo Horizonte e Rio de Janeiro (COELHO, 2005). Em 1986, o tema foi objeto de disputa acirrada nas eleições para governadores e, a partir disso, considerado uma questão relevante nas agendas governamentais (BURLAMAQUI, 2020). Esse cenário influenciou os debates na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em atividade entre 2.2.1987 até a promulgação da Constituição Federal em 5.10.1988, e o tema da segurança pública foi considerado relevante o suficiente para ter um capítulo próprio na Constituição Federal (RIBEIRO;

BURLAMAQUI, 2018; SANTOS, 2015; BRASIL, 1987a; 1987b).[1] As eleições de 1986, os dois anos de funcionamento da ANC e a promulgação da Constituição Federal de 1988 guiaram a elaboração de discursos e argumentos que viriam a ser dicotomicamente classificados como conservadores e/ou aos progressistas nas análises sobre segurança pública. É importante esclarecer que a classificação usada aqui, "conservadores" e "progressistas", segue uma descrição do posicionamento dos congressistas a respeito da segurança pública que remonta aos debates travados na ANC e não faz juízos valorativos a respeito de qual seria considerado mais ou menos adequado. Sinteticamente, entre os conservadores há a defesa de manter e constitucionalizar instituições policiais prévias e fortalecer a estrutura de aparato e controle repressivo na área. Esse posicionamento defende políticas repressivas e punitivistas como meio adequado para garantir a ordem e a tradição na sociedade. Já os progressistas enfatizam a necessidade de restruturação das instituições policiais, seus atores e o conteúdo de políticas na área, a partir de princípios e ações preventivas e de inclusão social (GOMES, 2006; SANTOS, 2015; POSSAS, 2015; RIBEIRO; BURLAMAQUI, 2018).[2]

Nesse mesmo contexto, movimentos feministas tiveram um papel importante ao denunciar o feminicídio e a violência contra as mulheres, vítimas de seus companheiros e ex-companheiros, e as altas taxas de impunidade para os crimes cometidos contra as mulheres. As primeiras respostas a esse problema surgiram de forma isolada, mas não menos importante, como exemplo, com a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) pelo Governo de São Paulo em 1985 (CAMPOS, 2015; PASINATO, 2014; SANTOS, 2010). Somente duas décadas depois o tema da violência contra as mulheres ganhou força o suficiente para ser tratado em lei, com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Os movimentos feministas foram fundamentais para a sua formulação (CORONE, 2018; ANDRADE; ALMEIDA, 2017; MENDES, 2017; CAMPOS, 2015; CALAZANS; CORTES, 2011). Posteriormente, também foi promulgada a Lei do Feminicídio (Lei

[1] Esse debate pode ser evidenciado nas discussões realizadas na ocasião na "Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança" da ANC, que tratou especificamente da segurança pública. Ver: Ribeiro e Burlamaqui (2018).

[2] Esses posicionamentos antagônicos entre repressão e prevenção perpassa todo o debate a respeito da segurança pública. Suas perspectivas opostas quanto a "fundamentos valorativos" (punição x respeito à justiça e direitos humanos), "pressupostos de ação social" (criminoso como ator racional que deve responder por seus atos x criminoso como vítima de condições socioeconômicas), "hipótese criminológica" (eficiência da justiça criminal como causa primordial da criminalidade x condições socioeconômicas como causa primordial) e diretriz de política pública (dissuasão via instituições repressivas, penas rigorosas e encarceramento x inclusão social) foram sumariadas por Sapori (2017, p. 77-8). É importante ter em mente que essa classificação como "tipos puros" não necessariamente ocorre na realidade, mas sinalizam posicionamentos predominantemente de um tipo ou outro. Nesse sentido, as classificações feitas no trabalho como "progressista" e "conservador" foram feitas a partir do predomínio de cada tipo de posicionamento encontrado nas proposições analisadas.

nº 13.104/2015), que qualificou como homicídio, no Código Penal, o assassinato de mulheres em decorrência de discriminação de gênero, ou seja, o fato de a mulher ser morta por sua condição de ser mulher. Com isso, a violência contra mulher passou a ser legalmente tipificada como violação de direitos humanos e a expressão "violência baseada no gênero" foi incorporada à legislação brasileira (ANGOTTI; VIEIRA, 2020; CAMPOS, 2015).

Apesar da promulgação dessas leis, os dados de violência especificamente contra a mulher revelam uma realidade alarmante no Brasil. Em 2021, o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022) registrou que 221,4 mulheres por 100 mil habitantes foram vítimas de violência doméstica (lesão corporal dolosa) de companheiro ou ex-companheiro; 5.219 mulheres foram assassinadas, sendo, destas, 1.341 vítimas de feminicídio; outras 2,7 mulheres por 100 mil habitantes sofreram tentativa de feminicídio; e mais de 463 mil vítimas solicitaram medida protetiva de urgência.

Desde a redemocratização, observa-se um aumento de proposições legislativas no Congresso Nacional, especialmente na Câmara dos Deputados, relacionado à segurança pública em geral e, especificamente, à violência contra a mulher. Como será visto, neste último caso, o aumento ocorreu predominantemente a partir de 2015. O principal objetivo deste artigo é mapear as propostas legislativas voltadas para o problema da violência contra a mulher formuladas pelos deputados federais e senadores brasileiros no contexto mais amplo do debate legislativo a respeito da segurança pública a partir de 1989. Para isso, em um primeiro momento, as proposições normativas iniciadas no Congresso Nacional entre 1989, ano imediatamente posterior à vigência da nova Constituição, e 2019[3] a respeito da segurança pública em geral foram classificadas como predominantemente progressistas ou conservadoras, seguindo a orientação geral da literatura sobre o tema que atribui às primeiras um conteúdo mais preventivo e socialmente inclusivo como solução considerada mais adequada para o problema da segurança pública, enquanto as segundas vislumbram na repressão o mecanismo considerado mais eficaz para o combate à criminalidade (SAPORI, 2007, p. 77; SANTOS, 2015, p. 212).[4]

Essa análise inicial é importante para caracterizar o cenário do debate sobre segurança pública no Congresso Nacional, que abriga as propostas legislativas específicas de enfrentamento à violência contra a mulher. A premissa analítica que orienta o trabalho é que, em geral, propostas a respeito desse tema específico são

[3] Até 2019, podemos analisar 30 anos de produção na área e em tempo hábil para que algumas destas matérias publicadas tenham sido direcionadas para discussão e votação em comissões e no plenário.

[4] Os procedimentos adotados para a coleta de informações, elaboração da base de dados com as proposições que foram analisadas e os critérios para classificação das proposições estão descritos em anexo metodológico.

orientadas por perspectivas mais progressistas. Nesse sentido, o contexto mais ou menos conservador do debate legislativo a respeito da segurança pública é importante, pois pode revelar cenários mais ou menos hostis à discussão e elaboração de soluções políticas destinadas a enfrentar a violência contra a mulher. Assim, em um segundo momento, as proposições legislativas diretamente relacionadas à violência contra a mulher foram classificadas em uma tipologia especialmente criada a partir das diretrizes que informam a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio. Ambas as leis podem ser consideradas marcos paradigmáticos da política de enfrentamento da violência contra a mulher, por combinarem a implementação de medidas de punição aos agressores, prevenção da violência e proteção das mulheres. Nesse sentido, essas leis combinam duas dimensões fundamentais que informam o debate mais amplo sobre segurança pública e permitem superar uma classificação dicotômica das proposições a respeito do tema específico da violência contra a mulher como simplesmente conservadora ou progressista. Isso porque o enfretamento da violência contra a mulher pode envolver proposições de penalidades e punições que seriam consideradas conservadoras, mas, ao mesmo tempo, propostas de reconhecimento do feminicídio como crime por ser um ato praticado contra mulher em decorrência da discriminação de gênero e também propostas de defesa de direitos, que seriam consideradas progressistas. A tipologia proposta, portanto, foi elaborada a partir de parâmetros definidos na Lei Maria da Penha e na Lei do Feminicídio, organizados em duas dimensões: uma que mede o grau de punitivismo e outra que mede o grau de medidas de proteção das proposições legislativas de enfrentamento da violência contra a mulher. Ao contemplar essas duas dimensões em uma tipologia descritiva, pretende-se oferecer uma análise do quanto os parlamentares se preocupam em equilibrar medidas repressivas, tipicamente consideradas conservadoras, com medidas de respeito aos direitos fundamentais. De fato, um dos desafios para a elaboração de políticas de segurança pública condizentes com o Estado democrático de direito consiste em prover, por um lado, medidas de punição à criminalidade que serão implementadas e exercidas pelo aparato repressivo do Estado e que, ao mesmo tempo, respeitem os diretos de cidadania (SAPORI, 2007).[5]

[5] Este trabalho constitui uma primeira etapa de investigação de uma agenda de pesquisa mais ampla que visa analisar como o debate sobre segurança no Congresso Nacional reproduz as preocupações e os interesses dos atores e das atrizes envolvidos com a promoção da igualdade de gênero no Brasil. Particularmente o projeto mais amplo pretende descrever como o tema da violência contra a mulher é incorporado na agenda mais ampla de debate sobre segurança pública e as proposições normativas relacionadas a ele são negociadas e/ou vetadas na pauta no Congresso Nacional entre 1989 e 2019, identificando as estratégias mobilizadas pelos atores e atrizes no Legislativo para: a) inserir suas proposições na agenda; e b) vetar propostas rivais (HIROI; RENNÓ, 2014; ALEMÁN; TSEBELIS, 2016; DOUDEMENT, 2015; RIBEIRO; PEIXOTO; BURLAMAQUI, 2009).

Este trabalho, portanto, trata a violência contra a mulher como um problema social que está vinculado à questão mais ampla da segurança pública e, por isso, analisa conjuntamente o tratamento dado pelos parlamentares a ambas as pautas. Essa análise conjunta permite apreender se há especificidades ou não nas proposições políticas de enfrentamento à violência e promoção da igualdade de gênero para mulheres no Brasil vis-à-vis as políticas de segurança em geral. Ao oferecer uma análise descritiva das propostas elaboradas no Congresso Nacional a respeito do tema, pretende-se contribuir com o debate acadêmico e social mais amplo a respeito da compatibilização entre políticas públicas de combate à criminalidade, sejam elas preventivas, sejam repressivas, e com o respeito aos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988 (OLSSON; CASTALDI, 2018; AZEVEDO; BASSO, 2008).

2 O contexto do debate legislativo sobre segurança pública no Congresso Nacional

No período entre 1989 e 2019, foram apresentadas 2.591[6] proposições legislativas sobre o tema "segurança pública" no Congresso Nacional (ver Anexo 1), sendo 2.395 PLs (92,5%) e 196 PECs (7,5%).[7] Observa-se no período uma tendência de crescimento no número de proposições sobre segurança em relação ao total de PLs e PECs apresentados no Congresso, com picos em 1999, 2002 e 2006 – momento em que o tema responde por 7% de todos os PLs e PECs da Câmara dos Deputados e do Senado.[8] Houve uma interrupção pontual dessa tendência de crescimento entre os anos 2011 e 2012, que corresponde ao início da 54ª legislatura (fevereiro de 2011 a janeiro de 2015), que foi retomada logo em seguida. Em termos absolutos, destaca-se que, das 2.591 matérias sobre a segurança pública, 621 (24% do total) foram apresentadas durante a 55ª legislatura (fevereiro de 2015 a janeiro 2019) e 366 (14% do total) no primeiro ano da 56ª legislatura (a partir de fevereiro de 2019), somando quase 40% do total, indicando,

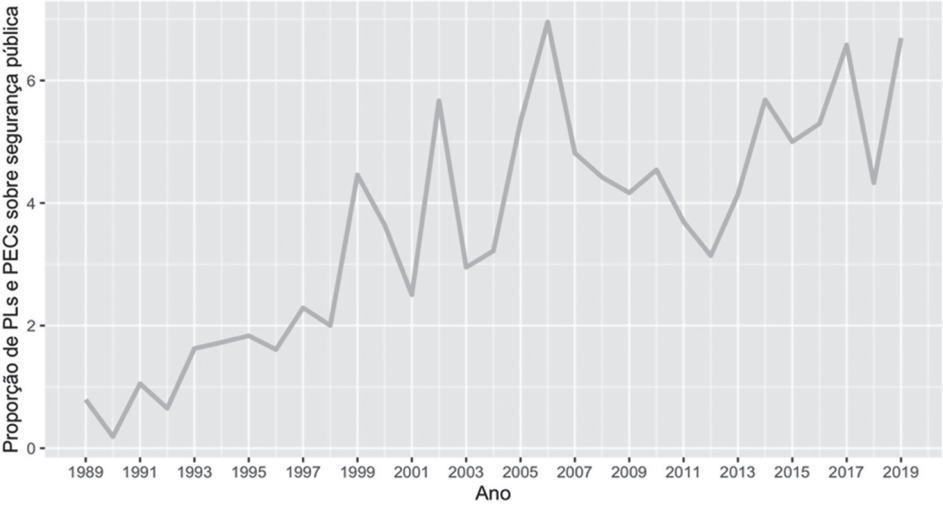
[6] São 2.591 projetos de leis (PLs) e propostas de emenda à Constituição (PEC) contabilizando as autorias dos congressistas individualmente, das comissões de ambas as casas do Congresso Nacional e do Poder Executivo. Excluindo-se essas duas últimas autorias, ou seja, contabilizando-se somente as proposições dos congressistas, o número de PLs e PECs é de 2.458. Neste artigo usaremos os termos *iniciativas*, *propostas*, *matérias* e *proposições* indistintamente para se referir ao conjunto de PLs e PECs que foi coletado para a análise.

[7] A descrição dos métodos de coleta de dados, seleção de casos e classificação das categorias analíticas encontram-se no Anexo 1.

[8] Em termos absolutos, os anos de 1999 (112), 2007 (142), 2011 (121), 2015 (222), 2016 (140), 2017 (182) e 2019 (367) foram os de maior volume total de apresentações de proposições de segurança pública.

em termos absolutos, uma concentração na apresentação de PLs e PECs sobre segurança pública em um curto período.[9] Entre as 2.591 matérias analisadas, mais de 94% foram apresentadas na Câmara dos Deputados, o Senado Federal somou apenas 2,7% do total e o Poder Executivo apresentou 2,7% (menos de 0,4% das propostas por outros).[10] Desse total analisado, apenas 81 propostas foram transformadas em normas jurídicas até o momento, 777 estão tramitando em conjunto e 1.418 foram arquivadas, retiradas ou devolvidas para o autor.[11]

Gráfico 1 – Proporção de PLs e PECs sobre segurança pública em relação ao número total de PLs e PECs apresentados no Congresso Nacional entre 1989 e 2019



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Foram identificadas 77 diferentes profissões[12] declaradas pelos parlamentares que propuseram medidas de segurança pública no Congresso. No entanto, é possível observar uma concentração de 80% de PLs e PECs sobre o tema em

[9] Na 55ª legislatura foram eleitos 73 deputados federais oriundos de carreiras das forças de segurança pública. Mas este número diminuiu para 42 eleitos na 56ª legislatura. Ver: Instituto Sou da Paz (2020).

[10] Como exemplo: Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal e Procuradoria-Geral da República.

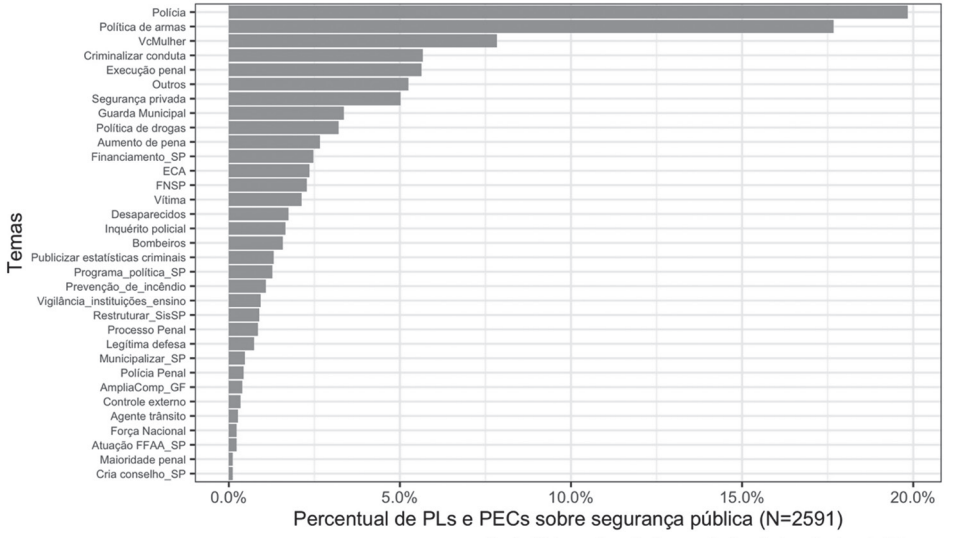
[11] Entre as demais matérias: 111 aguardam designação, 90 aguardam parecer, 70 estão prontas para pauta, 20 aguardam apreciação do Senado, 10 aguardam recurso, 6 aguardam definição de comissão e 8 sofreram veto total.

[12] A tabela de profissões é muito grande devido ao número elevado de categorias profissionais declarado pelos parlamentares. Tendo em vista o espaço limitado deste artigo, não foi possível colocar a tabela de profissões no corpo do texto ou anexo.

autores das seguintes profissões, em ordem decrescente: policiais, advogados, empresários, médicos, administradores, engenheiros, comunicadores, jornalistas, professores, servidores públicos, militares, pastores e economistas. Indicativo dessa concentração é o fato de que os 49 parlamentares que se declararam policiais foram responsáveis por 457 proposições. É interessante observar, também, que, inclusive entre os policiais, há uma concentração de propostas em autores específicos, como exemplo, o Deputado Alberto Fraga, autor de 113 medidas de segurança pública, seguido por Cabo Sabino (37), Cabo Júlio (27), Capitão Augusto e William Woo (cada um com 21) e Laerte Bessa e Major Fábio (ambos com 19). Já os advogados contabilizaram 170 autorias e propuseram 383 matérias. Nesse caso, destaca-se também certa concentração de proposições em alguns nomes, como as 26 propostas de Pompeo de Mattos, seguido de 20 proposições feitas por Enio Bacci, 14 de autoria de Laura Carneiro e 13 de Arnaldo Faria de Sá. A Deputada Laura Carneiro é a única mulher que aparece entre os 25 parlamentares que mais propuseram matérias na área de segurança pública no período analisado.

Os temas "polícia" e "política de armas" foram os mais recorrentes nessa ampla pauta da segurança pública (ver Anexo 1). Chama a atenção o fato de o tema "violência contra a mulher" ocupar a terceira posição, mesmo que em termos de volume absoluto tenha sido muito inferior em relação aos dois principais temas. No entanto, como será visto na próxima seção, o interesse do Congresso no tema é recente, pois o número de matérias apresentadas sobre a violência contra a mulher cresceu de forma exponencial apenas a partir do primeiro ano da 56ª legislatura.

Gráfico 2 – Temas[13] dos PLs e PECs sobre segurança pública apresentados no Congresso Nacional no período de 1989 a 2019



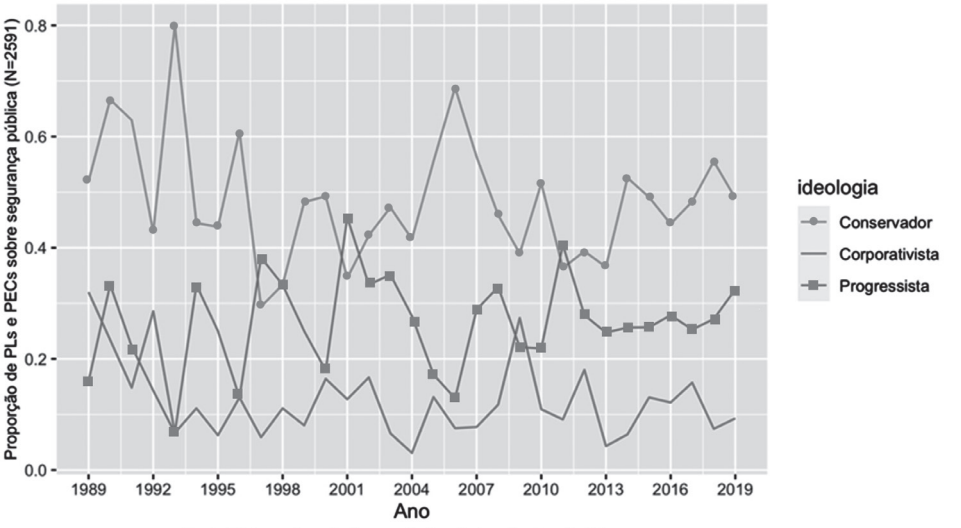
Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

No cenário do debate legislativo sobre segurança pública travado no Congresso Nacional, quase metade dos PLs e PECs apresentados pelos parlamentares sobre o tema podem ser classificados como conservadores (cerca de 47% do total, com 1.241 proposições). Isso corresponde a cerca de 20 pontos percentuais a mais que as propostas de segurança pública predominantemente progressistas, que somam 27% (715) do total. As demais proposições são de cunho corporativista.[14] Ao longo de todo o período analisado, somente em três ocasiões as proposições progressistas ultrapassaram as conservadoras; foram nos anos de 1997, 2001 e 2011. Embora a pauta conservadora sobre o tema tenha predominado ao longo do tempo, é interessante observar oscilações quase anuais elevadas na apresentação de propostas, em um padrão de comportamento que parece ser de constante ação e reação entre proponentes de posições ideológicas diferentes (Gráfico 3). No período, verifica-se, também, que pautas corporativistas estavam sempre presentes, embora em menor intensidade, ganhando destaque em momentos específicos, como em 1989, logo após a promulgação da Constituição e em 2009.

[13] Veja a descrição dos temas analisados no Anexo 1 do artigo.

[14] As proposições legislativas classificadas dentro do espectro ideológico "corporativista" são aquelas que buscam atender aos interesses corporativos dos agentes de segurança pública. Essas propostas são relacionadas a piso salarial, ampliação de direitos e garantias das categorias policiais, como exemplo, direito à greve e manifestação política. Ver Anexo 1.

Gráfico 3 – Classificação ideológica dos PLs e PECs sobre segurança pública apresentados no Congresso Nacional por classificação ideológica entre 1989 e 2019

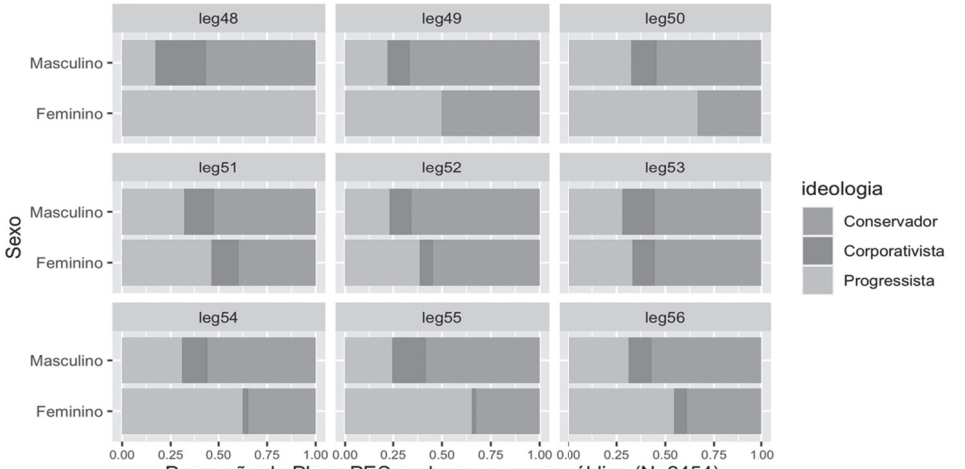


Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

As diretrizes ideológicas das propostas variaram de acordo com o sexo dos proponentes.[15] Uma análise mais detida dos PLs e PECs apresentados em cada legislatura revela que, proporcionalmente, as mulheres apresentaram mais propostas progressistas em todas as legislaturas. Os homens, que formam a maioria dos parlamentares, por sua vez, apresentaram mais de 50% de suas propostas em todas as legislaturas no espectro conservador. Somente na 53ª não houve grande diferença entre homens e mulheres.

[15] A análise das autorias, por sexo e partido políticos, foi feita contabilizando-se os 2.461 PLs e PECs apresentados pelos congressistas individualmente. Em 41 casos houve coautoria e optou-se por contabilizar apenas a primeira autoria. Essa opção se deu pelo fato de que ela mantém os PLs e PECs como unidade de análise e não afeta os resultados obtidos e, consequentemente, as análises realizadas.

Gráfico 4 – Classificação ideológica dos PLs e PECs sobre segurança pública por sexo e por legislaturas



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Os PLs e PECs sobre segurança pública variaram, também, de acordo com os partidos políticos dos autores. No gráfico a seguir, o eixo *x* corresponde ao grau de conservadorismo das propostas apresentadas pelos partidos políticos[16] (ver Anexo 2), que corresponde à proporção de proposições de segurança pública classificadas como conservadoras de cada partido em relação ao total de proposições conservadoras e progressistas no tema. Os partidos políticos foram ordenados no eixo *y* do Gráfico 4 de acordo com o valor mediano da proporção de suas proposições conservadoras no período de 1989 a 2019. Assim, por exemplo, o PSD é o partido que pode ser considerado mais conservador em suas propostas de segurança pública,[17] enquanto os pequenos partidos de esquerda formam o conjunto que mais apresentou propostas progressistas. É importante notar que todos os partidos apresentaram variações ideológicas em suas proposições nas diferentes legislaturas abordadas neste trabalho. No entanto, é possível observar que essa variação ocorre dentro de certos limites: em geral, os partidos com proposições

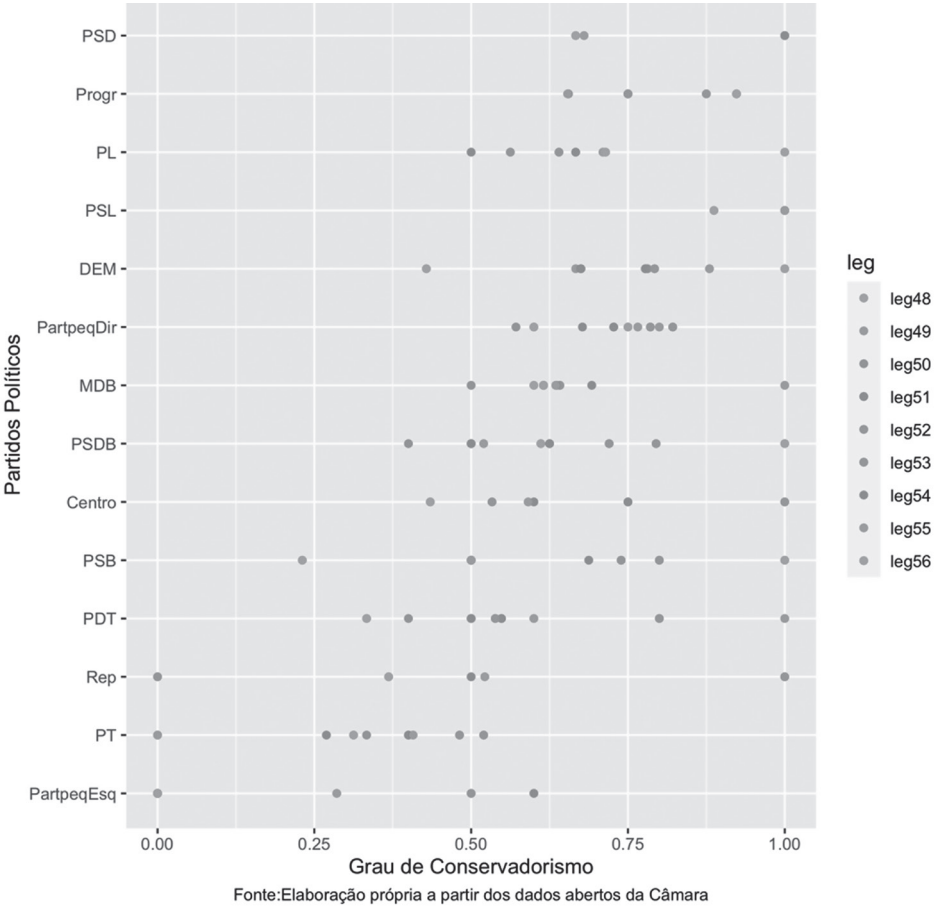
[16] Ao longo de trinta anos, houve um crescimento do número de partidos políticos no Brasil e, além disso, vários partidos políticos modificaram suas nomenclaturas e/ou se fundiram. Tendo em vista isso, nos gráficos relacionados, apresentamos apenas as siglas atuais em 2019 e dos maiores partidos políticos em vigor em 2019. Pequenos partidos de direita, pequenos partidos esquerda e de centro correspondem juntos a 17% das proposições legislativas e, por isso, decidimos juntá-los nessas três nomenclaturas. O quadro que descreve o nome das siglas atuais e sua correspondência com as anteriores encontra-se no anexo.

[17] Adotamos a mesma classificação ideológica de partidos políticos de Bolognesi, Ribeiro e Condato (2023).

mais conservadoras contabilizaram um grau de conservadorismo mínimo em torno de 0,5, enquanto esse é o limite máximo dos partidos que apresentaram proposições mais progressistas. Os partidos no centro da escala de conservadorismo tenderam a oscilar seu grau de conservadorismo entre 0,25 e 0,75. Em todos os casos houve exceções a esse padrão em algumas legislaturas. De todo o modo, é possível identificar uma correspondência entre a classificação ideológica das proposições legislativas sobre segurança pública apresentadas pelos partidos no Congresso e sua classificação ideológica no espectro político. Já o grau de corporativismo das propostas legislativas sobre segurança pública não revela uma correspondência clara com a ideologia partidária.

O grau de corporativismo apresentado no eixo *x* do Gráfico 5 foi medido como a proporção de proposições corporativistas de cada partido em relação ao total de suas proposições sobre segurança pública. Partidos de diferentes posicionamentos ideológicos apresentaram propostas consideradas corporativistas em um nível acima de 0,25. No entanto, é comum observar legislaturas em que nenhuma proposta corporativista foi apresentada, sendo comum uma apresentação de medidas no intervalo entre 0,10 e 0,15.

Gráfico 5 – Grau de conservadorismo dos PLs e PECs sobre segurança pública dos partidos políticos por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Gráfico 6 – Grau de corporativismo dos PLs e PECs sobre segurança pública dos partidos políticos por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

3 O contexto do debate legislativo da temática da violência contra a mulher na pauta ampla da segurança pública no Congresso Nacional

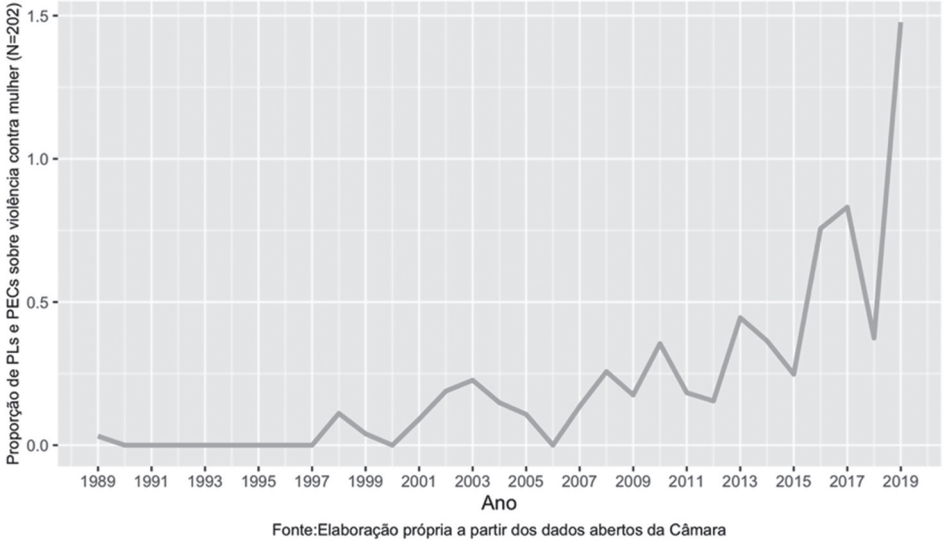
Foi no contexto parlamentar descrito acima, em que prevaleceram proposições legislativas de segurança pública de cunho conservador, predominantemente apresentadas por homens e por partidos de direita – que somados totalizam um número expressivo de parlamentares no Congresso Nacional –, que propostas específicas para o enfrentamento à violência contra a mulher foram apresentadas, discutidas e eventualmente votadas. Entre os anos de 1989 e 2019, foram identificados, dentro da pauta ampla das 2.591 propostas legislativas a respeito da segurança pública, 201 PLs e uma PEC no Congresso Nacional relacionados ao enfrentamento da violência contra a mulher. Esses casos se distribuíram de forma muito desigual no período, sendo que em alguns anos o tema sequer foi tratado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Das 202[18] matérias identificadas, 59 delas foram

[18] Esse número contabiliza PLs e PECs apresentados por congressistas, comissões e Poder Executivo. Considerando-se apenas os PLs e PECs de autoria dos congressistas, contabilizam-se 188 casos.

apresentadas na 55ª legislatura e 81 somente no primeiro ano da 56ª legislatura. Ou seja, 140 matérias (aproximadamente 70%) foram apresentadas no Congresso Nacional a partir de 2015. Isto revela que a temática da violência contra a mulher vem assumindo destaque nos últimos anos. Essa tendência segue o padrão de crescimento de matérias relacionadas à pauta ampla da segurança pública dentro do Congresso, mas, principalmente segue o aumento quantitativo das mulheres na Câmara dos Deputados.

Em termos relativos, ou seja, computando as propostas que versaram sobre a violência contra a mulher como proporção do total de PLs e PECs apresentados no Congresso Nacional no período, a discussão legislativa sobre o tema foi muito reduzida. Como revela o gráfico a seguir, a proporção de proposições nesse tema cresceu de forma exponencial no ano de 2019, quando chegaram a corresponder a cerca de 1,5% do total de proposições do Congresso. Mas entre 1990 e 1997, em 2000 e em 2006 praticamente não houve iniciativa parlamentar a respeito da violência contra a mulher. Esses dados parecem indicar, portanto, que logo após a democratização, o tema da violência de gênero definitivamente não estava presente na agenda das políticas públicas apreciadas pelo Poder Legislativo brasileiro. Sua inclusão se deu de forma tímida a partir dos anos 2000 e ganhou maior relevância somente a partir de 2015.

Gráfico 7 – Proporção de PLs e PECs sobre violência contra a mulher em relação ao número total de PLs e PECs apresentados no Congresso Nacional entre 1989 e 2019



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Entre as 202 matérias apresentadas sobre violência de gênero, 89 estavam tramitando em conjunto, 70 foram arquivadas, retiradas ou devolvidas para o autor e 15 foram transformadas em normas jurídicas,[19] incluindo duas importantes legislações na área: a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), de iniciativa do Poder Executivo, e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), fruto do relatório da CPMI – Violência Doméstica, que teve como proposta principal qualificar como feminicídio os crimes de homicídio de mulheres quando motivados pelo desprezo pelo fato de a vítima ser uma mulher (BRASIL, 2013; CAPITANIO; BUDÓ, 2020). Comparativamente à pauta ampla da segurança pública, o número de propostas específicas sobre a violência contra a mulher transformadas em normas jurídicas foi razoavelmente elevado no período analisado, quando comparado com as propostas de segurança pública em geral: cerca de 7% do total de proposta no primeiro caso contra cerca de 3% na pauta ampla. Nesse sentido, embora o quantitativo de proposições específicas visando ao enfrentamento à violência contra a mulher tenha sido baixo, sua efetividade, pensada aqui em termos de proporção de aprovação em norma jurídica, pode ser considerada razoável em termos comparativos na área de segurança – as 15 normas criadas sobre o tema específico correspondem a cerca de 18,5% das normas sobre segurança pública que foram criadas no período.[20]

Como esperado, a participação feminina nas iniciativas legislativas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Congresso Nacional foi, em termos relativos, bem maior do que a participação dos homens.[21] Esses dados podem ser visualizados no gráfico a seguir, que apresenta o número de proposições sobre o tema que foram apresentadas por mulheres e homens, como proporção do tamanho de suas respectivas bancadas, feminina e masculina. As iniciativas da bancada feminina foram crescentes até a 55ª legislatura. No entanto, apesar da 56ª legislatura na Câmara dos Deputados ter formado a maior bancada feminina em relação às legislaturas anteriores, com a eleição de 77 deputadas federais – um aumento de 10% para 15% de cadeiras ocupadas pelas mulheres da 55ª para a 56ª legislatura – a proporção de projetos de leis sobre o tema apresentados pela bancada feminina caiu em relação à legislatura anterior. É preciso analisar de forma mais detida o que pode ter ocorrido, mas uma hipótese para este comportamento

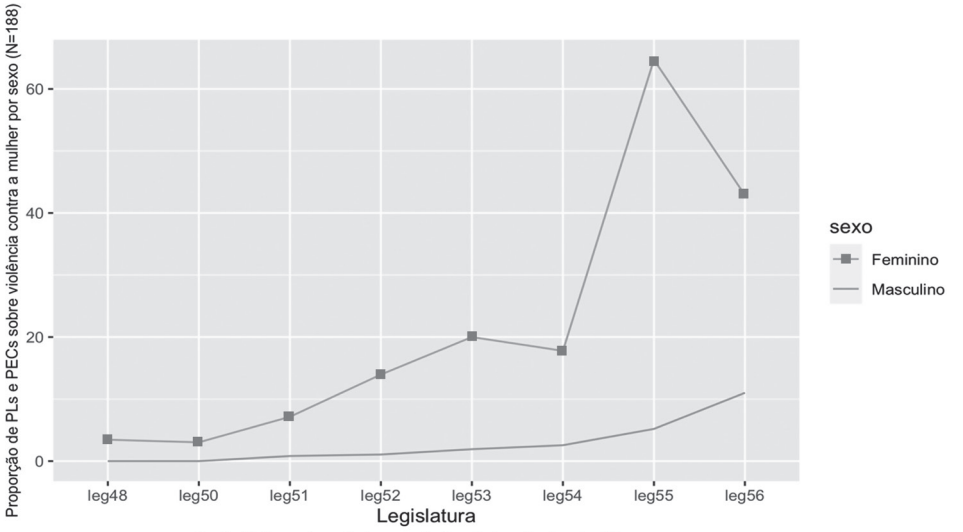
[19] Entre as demais matérias: 11 aguardam designação, 9 aguardam parecer, 3 aguardam apreciação do Senado, 1 aguarda apreciação de recuso e 1 recebeu voto total.

[20] Dos outros 13 PLs transformados em lei, 11 são oriundos da Câmara e 2 do Senado. Nesse total de matérias propostas, 188 foram apresentadas na Câmara; 10 no Senado, 2 pelo Poder Executivo e 2 por outros.

[21] As análises das autorias por sexo e por partidos políticos foram feitas com base nos 188 PLs apresentados apenas pelos congressistas.

pode se relacionar com um aumento de mulheres eleitas em partidos mais à direita no espectro ideológico.

Gráfico 8 – Proporção de PLs e PECs sobre violência contra a mulher por sexo e por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

O debate legislativo sobre o tema não pode desconsiderar os possíveis efeitos das medidas tomadas pelo Executivo em relação e que culminou na promulgação da Lei Maria da Penha, uma lei que redefiniu o marco legal da política de enfrentamento à violência contra a mulher. Em 2003, a questão da violência contra mulher entrou na agenda do Governo federal com a criação da Secretaria Especial de Política para as Mulheres (SPM), com *status* ministerial. Em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) tipificou e definiu a violência doméstica e familiar como crime e passou a prever mecanismos para punir, prevenir e erradicar esse tipo de violência. O anteprojeto de lei do Projeto de Lei nº 4.559/2004, que deu origem à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), de autoria do Poder Executivo, foi formulado pelo consórcio de organizações feministas em parceria com a Secretaria Especial de Política para as Mulheres (SPM).[22] Essa lei tramitou em quatro comissões na Câmara dos Deputados, duas de mérito, as Comissões de Seguridade Social (CSSF) e Direitos Humanos e Minorias (CDHM), além da Comissão de Finanças e

[22] Para uma análise das organizações que fizeram parte do consórcio feminista que gerou a Lei Maria da Penha, ver Calazans e Cortes (2011, p. 43).

Tributação (CFT) e a de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Em todas as comissões, foram designadas relatoras mulheres e três delas estavam na base que formava a coalizão do Governo federal na época (CARONE, 2018; ANDRADE, 2017; ANDRADE; ALMEIDA, 2017; CAMPOS, 2015; CALAZANS; CORTES, 2011).[23]

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), sem dúvida, configura-se como um marco normativo fundamental para o enfrentamento da violência contra a mulher e de conquista do movimento feminista. A lei se caracteriza tanto por refletir um rompimento com uma visão meramente punitivista (CAMPOS, 2015, p. 520), muito característico da área de segurança pública, quanto um avanço jurídico, ao definir formas de violência contra a mulher e ao incorporar todo um conjunto de medidas de proteção, prevenção, assistência e enfrentamento da violência contra a mulher. A lei possibilitou o reconhecimento legal da violência contra a mulher como uma forma de violação aos direitos fundamentais (MENDES, 2017).

Uma questão analítica importante que emerge com a Lei Maria da Penha diz respeito ao quanto o seu conteúdo e suas diretrizes dialogam com as propostas legislativas que versam sobre o tema da violência contra a mulher apresentadas no Congresso Nacional no período analisado. É possível supor que esse diálogo seja de mão dupla, ou seja, pode tanto haver influência da Lei Maria da Penha no conteúdo e nas diretrizes das iniciativas a partir de 2006, quanto iniciativas legislativas elaboradas no Congresso visando modificá-la. Uma análise das 202 propostas apresentadas para enfrentar a violência contra a mulher revela que cerca de 62% delas pretendiam alterar dispositivos da Lei Maria da Penha. Nesse caso, algumas propostas buscaram aprimorar mecanismos da Lei Maria da Penha, enquanto outras podem ser consideradas verdadeiros retrocessos. Além disso, é possível encontrar diversas propostas que versaram sobre assuntos já previstos na Lei Maria da Penha.

Ou seja, parte relevante das iniciativas legislativas relacionadas à violência contra a mulher dialoga diretamente com a Lei Maria da Penha. Para analisar o quanto tais iniciativas se aproximaram ou se distanciaram das diretrizes normativas inauguradas pela Lei Maria da Penha, foram definidos, a partir dela, parâmetros para a classificação dos seus assuntos (Quadro 1).

[23] No Senado Federal, a Senadora Lúcia Vânia (PSDB/GO) foi designada relatora da PL nº 37/2006 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e formou um grupo de apoio para discutir e aprovar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Ver Calazans e Cortes (2011).

Quadro 1 – Classificação das matérias relacionadas à violência contra a mulher

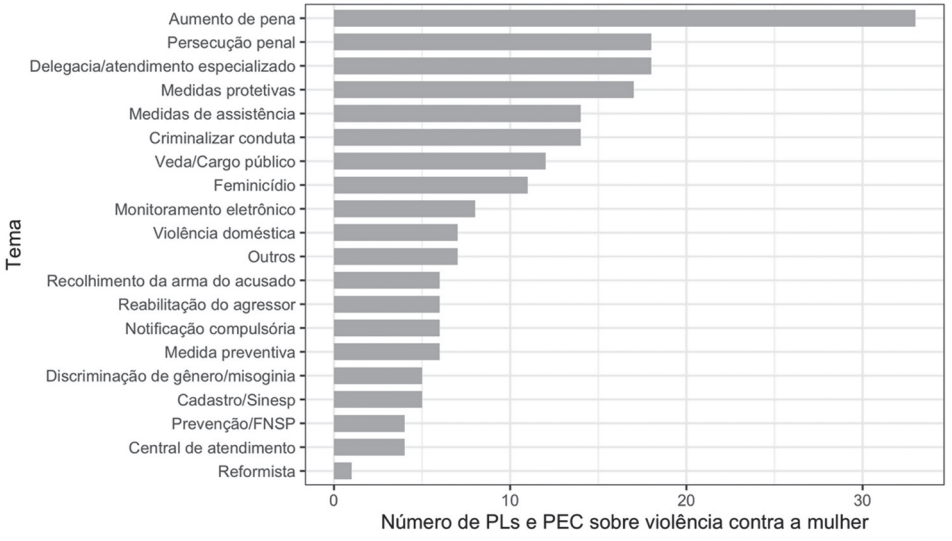
Classificação	Conteúdo proposto
(1) Aumento de pena	Aumento de penas para crimes contra a mulher já tipificados.
(2) Cadastro/Sinesp	Criação de cadastro de imagens de agressores. Divulgação de estatísticas de violência contra a mulher e feminicídio no Sinesp.
(3) Central de atendimento	Criação de centrais telefônicas de atendimento específico a denúncias de violência contra mulheres.
(4) Criminalização de condutas	Proposição da tipificação de novos crimes, relacionados à temática da violência contra a mulher.
(5) Delegacia/ atendimento especializado	Garantir o funcionamento ou ampliar o número de delegacias especializadas em atendimento à mulher. Garantir a realização do trabalho por agentes de segurança pública do sexo feminino.
(6) Discriminação de gênero/misoginia	Definir o conceito de discriminação de gênero e/ou os crimes de ódio e misógina.
(7) Feminicídio	Definir o conceito de feminicídio. Especificar a condição do sexo feminino no crime de feminicídio. Definir o aumento de pena em casos de feminicídio.
(8) Medidas preventivas	Promover políticas, programas e disseminação de estudos, pesquisas, estatísticas e campanhas educativas sobre a proteção da mulher e enfrentamento à violência contra a mulher.
(9) Medidas de assistência	Garantir assistência a mulheres em situação de violência.
(10) Medidas protetivas	Garantir ou ampliar medidas protetivas para mulheres em situação de violência.
(11) Monitoramento eletrônico	Dispor do uso de dispositivos móveis de segurança no monitoramento da proximidade do agressor em relação à vítima. Detectar violação de medidas protetivas.
(12) Notificação compulsória	Criar a notificação compulsória de casos de violência doméstica por parte dos serviços de saúde e secretarias de segurança pública.
(13) Outros	Assuntos sem ocorrência significativa ou propostas genéricas.
(14) Persecução penal	Alterar fases do inquérito policial e/ou o processo penal para crimes contra as mulheres.
(15) Prevenção/ FNSP	Garantir o uso de do Fundo Nacional de Segurança Pública a programas de prevenção e enfretamento à violência contra a mulher.
(16) Reabilitação do agressor	Impor a participação do agressor em centros de educação e reabilitação psicossocial, em casos de violência contra a mulher.
(17) Recolhimento de arma do acusado	Regular o direito legal de posse e/ou porte de arma de agressores.
18) Reformista	Reformar a política de enfrentamento e combate a violência contra a mulher.
(19) Veda/cargo público	Impedir a nomeação de condenados por violência doméstica e familiar para cargos públicos e/ou eletivos.
(20) Violência doméstica	(Re)definir formas de violência doméstica e familiar contra a mulher de acordo com a definição dada pela Lei Maria da Penha.

Fonte: Elaboração própria.

Das 202 proposições legislativas analisadas, 33 buscaram enfrentar o problema da violência contra a mulher com o aumento de pena de crimes já tipificados, uma medida que pode ser considerada característica da pauta conservadora e punitivista da segurança pública – essa pauta punitivista na agenda do tema da violência contra a mulher no Congresso recebeu atenção concentrada nos últimos anos: 23 dessas 33 iniciativas foram propostas somente entre 2015 e 2019. Em seguida, houve a proposição de 18 PLs versando sobre persecução penal e criação de delegacias especializadas no atendimento a mulheres vítimas de violência, tema previsto na Lei Maria da Penha (nº 11.340/2006, art. 35). Chama atenção o fato de que esse tema sempre esteve presente na agenda no Congresso Nacional, sendo que a primeira proposta de criação de delegacias especializadas em todo território foi apresentada no PL nº 3.667/1989, de autoria da Deputada Benedita da Silva (PT/RJ). Outros 17 PLs trataram de medidas protetivas de urgência, tema que vem ganhando força nas discussões atuais, seja na Câmara, seja no Senado, e que, também, está previsto na Lei Maria da Penha. Ressalte-se que recentemente foi aprovado o PL nº 976/2019, que prevê que a medida protetiva de urgência seja concedida às mulheres vítimas de agressão de forma imediata (Gráfico 9).

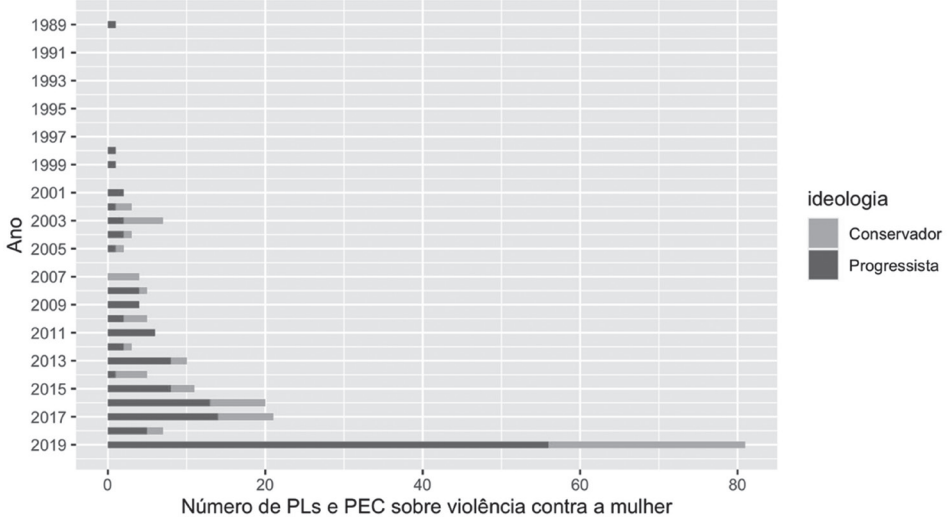
As diretrizes ideológicas das propostas específicas de enfretamento à violência contra as mulheres apresentaram, como esperado, uma tendência mais progressista (cerca de 66% do total das propostas analisadas). No entanto, como mostra o Gráfico 10, o número de PLs e PEC progressistas ou conservadores sobre o tema sofreu variações anuais importantes. Em alguns anos, pautas de tendência conservadora chegaram mesmo a superar as proposições progressistas (2003, 2007, 2010 e 2014).

Gráfico 9 – Temas dos PLs e PEC sobre violência contra a mulher apresentados no Congresso Nacional entre 1989 e 2019



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

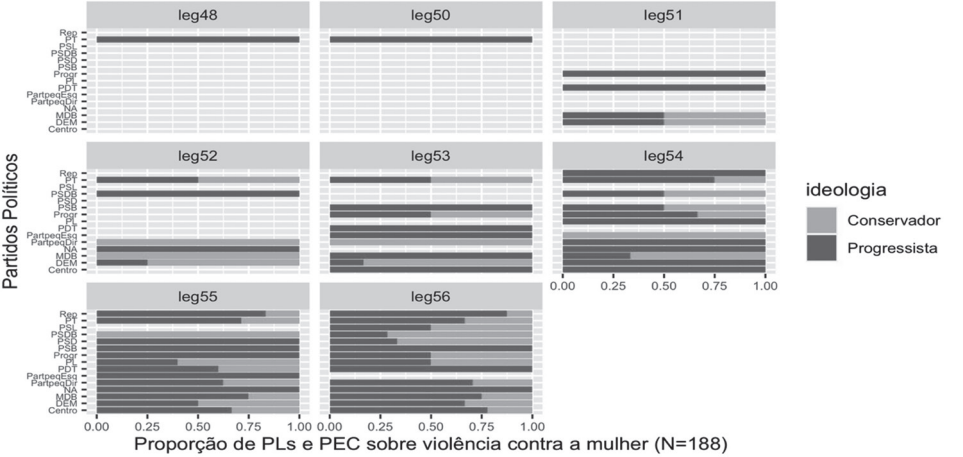
Gráfico 10 – Classificação ideológica dos PLs e PEC sobre violência contra a mulher entre 1989 e 2019



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

O PT (Partido dos Trabalhadores) e o PSB (Partido Socialista Brasileiro) foram os partidos que proporcionalmente mais apresentam projetos legislativos de caráter progressista. No entanto, não é possível afirmar que os partidos classificados como de direita se ocuparam em propor matérias mais conservadoras em todas as legislaturas. O DEM (Democratas), partido representativo da direita segundo a literatura especializada (BOLOGNESI; RIBEIRO; CODATO, 2023), ilustra bem esse ponto: suas propostas oscilaram entre mais ou menos conservadoras nas diversas legislaturas analisadas. O efeito partidário pode ter sido diluído pelo fato de que esse é um tema em que as mulheres foram, no período analisado, mais ativas do que os homens e tenderam a ser mais progressistas em suas iniciativas, como visto acima.

Gráfico 11 – Classificação ideológica dos PLs e PECs sobre violência contra a mulher por partido político e por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

No entanto, é preciso reconhecer que essa forma de classificação dicotômica apresenta alguns problemas tendo em vista outro marco legal importante na definição de políticas de enfretamento da violência contra as mulheres: a Lei do Feminicídio instituída em 2015, como exemplo, como classificar as proposições apresentadas nessa lei? Por um lado, ela poderia ser considerada conservadora, caso o critério de classificação adotado seja a imposição de punições com previsão de altas penas a agressores. Por outro lado, a lei apresenta uma dimensão que pode ser classificada como progressista, já que prevê o reconhecimento do feminicídio como um crime por se constituir em um ato praticado contra a mulher em

decorrência de discriminação de gênero, ou seja, a mulher ser assassinada devido à sua condição de ser mulher. Isso significa que, especificamente, proposições de enfrentamento à violência contra a mulher podem abrigar medidas consideradas punitivistas, afinal, trata-se de prever penalidades a agressores, mas seu tema é inerentemente progressista, no sentido de garantir direitos fundamentais e justiça às vítimas (ou potenciais vítimas).

Tendo em vista a complexidade envolvida na definição das tendências ideológicas das proposições relacionadas à violência contra as mulheres, as diretrizes da Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio foram combinadas para estabelecer dimensões de uma tipologia classificatória. Nesse sentido, procurou-se mapear o quanto o Congresso Nacional reproduz, no conteúdo de suas proposições legislativas relacionadas ao enfrentamento da violência contra a mulher, combinações de soluções de cunho punitivista e de medidas de proteção. Ou seja, a tipologia elaborada busca combinar o grau de punitivismo e o grau de medida de proteção inerentes às proposições legislativas relacionadas ao tema específico da violência contra a mulher. O quadro a seguir detalha os parâmetros das dimensões de punição e proteção usados para classificar as iniciativas legislativas na tipologia proposta.

Quadro 2 – Tipologia

(continua)

	Medidas punitivas	
Medidas de proteção	**Alta medida punitiva e alta medida de proteção** **Alta punição** • Base: Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), que prevê prisão com pena de reclusão de 12 a 30 anos (= homicídio qualificado), tipificação de novo crime, crime de feminicídio. Ainda prevê aumento de pena em casos específicos, podendo aumentar em 1/3 em casos específicos. • Prisão com pena superior a 4 anos de cadeia, somado a aumento de penas e/ou tipificação de novo crime (com pena superior a 4 anos é considerado alta punição). **Alta proteção** • Base: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Previsão de 3 a 4 garantias previstas pela Lei Maria da Penha, como:	**Alta medida punitiva e baixa medida de proteção** **Alta punição** • Base: Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), que prevê prisão com pena de reclusão de 12 a 30 anos (= homicídio qualificado), tipificação de novo crime, crime de feminicídio. Ainda prevê aumento de pena em casos específicos, podendo aumentar em 1/3 em casos específicos. • Prisão com pena superior a 4 anos de cadeia, somado a aumento de penas e/ou tipificação de novo crime (com pena superior a 4 anos é considerado alta punição). **Baixa proteção** • Previsão de 1 a 2 garantias previstas pela Lei Maria da Penha.

(continua)

	Medidas punitivas	
	1. reconhece e define as diferentes formas de violência contra a mulher (violência doméstica e familiar, física, moral, psicológica, patrimonial, sexual, política) e a discriminação baseada no gênero; 2. medidas de prevenção relacionadas aos direitos das mulheres e enfrentamento da violência contra as mulheres; 3. medidas de assistência a mulheres em situação de violência e seus dependentes; 4. medidas protetivas de urgência à ofendida • Previsão de 3 a 4 garantias previstas pela Lei Maria da Penha.	
Medidas de proteção	**Alta medida de proteção e baixa medida punitiva** **Alta proteção** • Base: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006). Previsão de 3 a 4 garantias previstas pela Lei Maria da Penha, como: 1. reconhece e define as diferentes formas de violência contra a mulher (violência doméstica e familiar, física, moral, psicológica, patrimonial, sexual, política) e a discriminação baseada no gênero; 2. medidas de prevenção relacionadas aos direitos das mulheres e enfrentamento á violência contra as mulheres; 3. medidas de assistência a mulheres em situação de violência e seus dependentes; 4. medidas protetivas de urgência à ofendida. • Previsão de 3 a 4 garantias previstas pela Lei Maria da Penha. **Baixa punição**[24] • Previsão de 1 ou 3 medidas de punições leves como:	**Baixa medida de proteção e baixa medida punitiva** **Baixa proteção** • Previsão de 1 a 2 garantias previstas pela Lei Maria da Penha. **Baixa punição** • Previsão de 1 ou 3 medidas de punições leves como: 1. suspensão de porte de arma; 2. afastamento do lar, restrição ou suspensão de visita aos dependentes menores de idade; 3. pagamento de pensão alimentícia ou multas monetárias ou compensação monetária à vítima; 4. comparecimento do agressor em programas de recuperação e reeducação; 5. uso pelo agressor de dispositivo de monitoramento eletrônico. • Ou previsão de prisão com pena inferior a 4 anos de cadeia. • Ou, ainda, projetos que preveem apenas aumento de pena.

[24] As penas inferiores a 4 anos no caso de condenado a crimes de violência doméstica e familiar não podem ser substituídas por penas restritivas de direito, isto segundo o entendimento do STJ, Súmula nº 588.

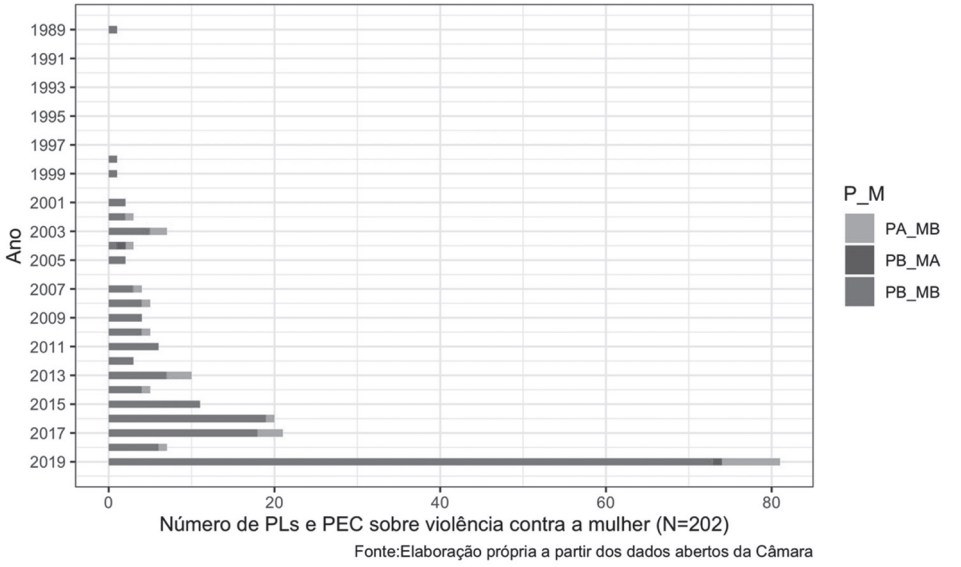
(conclusão)

	Medidas punitivas	
Medidas de proteção	1. suspensão de porte de arma; 2. afastamento do lar, restrição ou suspensão de visita aos dependentes menores de idade; 3. pagamento de pensão alimentícia ou multas monetárias ou compensação monetária a vítima; 4. comparecimento do agressor em programas de recuperação e reeducação; 5. uso pelo agressor de dispositivo de monitoramento eletrônico. • Ou previsão de prisão com pena inferior a 4 anos de cadeia. • Ou, ainda, projetos que preveem apenas aumento de pena.	

Fonte: Elaboração própria.

Os resultados iniciais da descrição do conteúdo das proposições a partir dessa tipologia revelam o predomínio da seguinte combinação nas proposições apresentadas no Congresso Nacional sobre o tema da violência contra mulher: alto grau de punição previsto aos agressores e baixo grau de medidas de proteção direcionadas às vítimas (Gráfico 12). Não foram identificadas matérias que preveem altas medidas punitivistas e altas medidas de proteção, em um sentido que seria correspondente aos paradigmas inaugurados pela Lei Maria da Penha e pela Lei do Feminicídio.

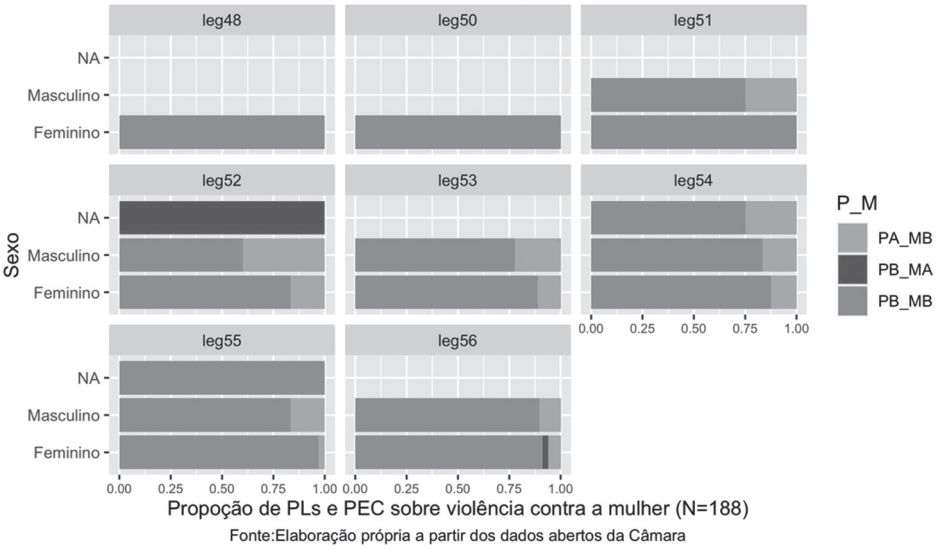
Gráfico 12 – Classificação tipológica dos PLs e PEC sobre violência contra a mulher entre 1989 e 2019



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

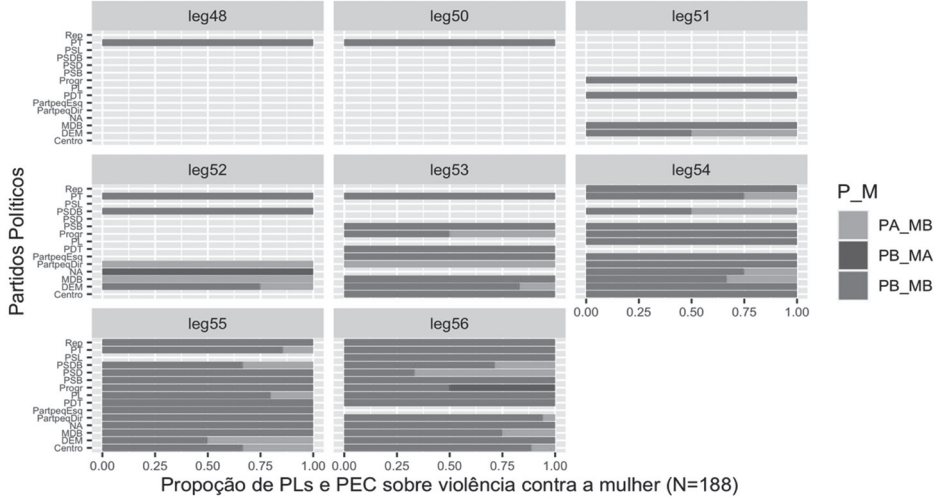
A análise do grau de punitivismo e grau de medida de proteção em relação ao sexo mostra que os parlamentares do sexo masculino, como esperado, tenderam a propor mais projetos de leis dentro do enquadramento alto grau de medida de punição e baixo grau de medida de proteção, em relação às parlamentares. Da mesma forma, não é surpresa que os partidos de direita tenham apresentado, em comparação com partidos de esquerda, uma leve tendência de propor projetos com alto grau de medida de punição e baixo grau de medida de proteção.

Gráfico 13 – Classificação tipológica dos PLs e PEC sobre violência contra a mulher por sexo e por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Gráfico 14 – Classificação tipológica dos PLs e PEC sobre segurança pública por partido político e por legislatura



Fonte:Elaboração própria a partir dos dados abertos da Câmara

Ou seja, aparentemente o debate legislativo sobre o tema específico da violência contra a mulher está mais próximo das tendências punitivistas que configuram o contexto mais amplo das proposições legislativas da segurança pública, em geral, e que configuram um padrão observado desde 1989, do que das preocupações em equilibrar punições a agressores e proteção das vítimas e potenciais vítimas da violência, como formulado pelos marcos inovadores da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio. Vale ressaltar que a orientação punitivista tem como alvo, inclusive, a própria Lei Maria da Penha, como observado anteriormente. Proposições visando alterá-la, ao propor a inserção, em seu conteúdo, de dispositivos de cunho punitivista. Caso essa orientação punitivista se concretize poderá haver, de certa forma, uma descaracterização da Lei Maria da Penha.[25]

4 Considerações finais

As políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil fazem parte da agenda política desde os anos 1980, mas o tema ganhou força, sobretudo, a partir da edição da Lei Maria da Penha, em 2006 e, tempos depois, com a Lei de Feminicídio, em 2015. O tema e sua visibilidade na agenda pública estão intimamente relacionados com as demandas e lutas de movimentos feministas, que são fundamentais na definição do debate público de combate à violência e de promoção dos direitos fundamentais, de forma mais ampla, e direitos das mulheres, mais especificamente. Como analisado previamente, o debate legislativo de enfrentamento da violência contra a mulher ganha força no Congresso Nacional, sobretudo a partir de 2015, ano que marca a instituição da Lei do Feminicídio. Tal debate, por sua vez, não pode desconsiderar o contexto mais amplo das iniciativas legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a respeito da segurança pública; afinal, o tema específico da violência contra a mulher é um dos tópicos específicos da agenda mais ampla da segurança.

As diretrizes políticas de segurança propostas pelos parlamentares se orientam pelas diretrizes que informam o debate acadêmico e político na área, oscilando entre tendências mais punitivistas, consideradas conservadoras, e mais preventivas, tidas como progressistas, como solução para os problemas da criminalidade. Os dados sobre as proposições apresentadas no Congresso revelam um contexto do

[25] Esse dado está em consonância com alguns achados de estudos recentes na área. Guaranha (2021, p. 146), por exemplo, identificou projetos de leis, que buscaram modificar a Lei Maria da Penha dentro de uma visão mais punitivista, sendo que alguns foram aprovados. Para a autora, o fim do Governo federal PT (Partido dos Trabalhadores) e a entrada de governos mais conservadores podem ter influenciado essa orientação ideológica na agenda da segurança.

debate legislativo de tendência conservadora, em que grande parte dos projetos é apresentada pela maioria numérica de homens que compõe as duas casas legislativas. Dentro desse contexto, e sob a perspectiva predominantemente conservadora, é que se dá, portanto, o debate legislativo a respeito da violência contra a mulher. Um ponto de possível tensão nesse debate específico sobre a violência contra a mulher diz respeito ao fato de exigir-se, por um lado, medidas punitivas aos agressores das mulheres, mas constituir um tema em si considerado progressista. Como as iniciativas legislativas estariam tratando do tema? As leis Maria da Penha e, especialmente, do Feminicídio podem ser consideradas marcos paradigmáticos na área de segurança pública por oferecerem uma resposta inovadora à tensão apresentada: por um lado, elas apresentam punições aos agressores; por outro; definem diretrizes de proteção às vítimas. No conjunto das diretrizes protetivas, observam-se proposições preventivas de promoção dos direitos das mulheres. As diretrizes dessas leis estariam orientando as iniciativas legislativas de enfretamento à violência contra a mulher ou as propostas legislativas estariam visando modificar as inovações instituídas por essas leis, em um sentido mais conservador, correspondente à tendência observada no padrão de proposições na área da segurança pública em geral? Os dados apresentados neste artigo indicam que o debate legislativo, observado a partir das iniciativas dos parlamentares do Congresso Nacional, mostrou uma tendência nesse último sentido, principalmente, a partir de 2015. Será preciso observar se essa tendência persistirá no tempo e/ou se concretizará em normas jurídicas mais conservadoras em relação ao enfretamento da violência contra mulher.

Referências

ALEMAN, Eduardo; TSEBELIS, George. *Legislative Institutions and Lawmaking in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2016. 296 p.

ANDRADE, Luciana V. R.; ALMEIDA, Marlise M. de Matos. A criminalização da violência contra as mulheres no Brasil: de "legítima defesa da honra" à violação dos direitos humanos. *Revista Social e Humanas: Dossiê Temático – Gênero e Políticas Públicas*, v. 30, n. 2, p, 87-110, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/27565/pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

ANDRADE, Luciana V. R. Processo decisório e formulação de políticas públicas de enfrentamento das violências contra as mulheres no Brasil. *Revista Teoria e Pesquisa*, São Carlos, v. 26, n. 3, p. 11-37. 2017. Disponível em: https://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/608. Acesso em: 15 jan. 2021.

ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina S. C. O processo de tipificação do feminicídio no Brasil. *In*: BERTOLIN, Patrícia Tuma M.; ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina S. Corrêa. *Feminicídio quando a desigualdade de gênero mata*: mapeamento da tipificação na América Latina. Joaçaba: Editora UNOESC, 2020. p. 35-70.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; BASSO, Maura. Segurança pública e direitos fundamentais. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 21-32, jul./dez. 2008. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6078/5166-16536-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2022.

BOLOGNESI, Bruno; RIBEIRO, Ednaldo; CODATO, Adriano. Uma nova classificação ideológica dos partidos políticos brasileiros. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 66, n. 2, p. 1-29. 2023. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/zzyM3gzHD4P45WWdytXjZWg/. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. *Ata das Reuniões realizadas pela Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança*. Brasília, DF, 1987a. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/subcomissao4b. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11340&ano=2006&ato=4b0gXTU5kMRpWT5c7. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial* [*da*] *República Federativa do Brasil*, Brasília, seção 1, ano 152, n. 46, p. 1, 10 mar. 2015. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=10/03/2015. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. *Resolução nº 2, de 24 de março de 1987*. Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Centro de Documentação e Informação e Coordenação de Publicação, 1987b. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional. Acesso em: 12 nov. 2020.

BURLAMAQUI, Patricia de O. *Contingência e estrutura de oportunidade no processo decisório da segurança pública do estado do Rio de Janeiro*: o caso da política de pacificação. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/CONCURSOS/2021/Teses_dissertacoes/38CPD.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

CALAZANS, Myllena; CORTE, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. *In*: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-63.

CAMPOS, Carmen Hein. A CPMI da Violência contra a mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 519-531, maio/ago. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/KdHtMqRYC5mwBFJ4QJswq9G/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 1º fev. 2023.

CAPITANIO, Dábine Caroene; BUDÓ, Marília de Nardin. Feminismo e política: a apropriação da agenda da violência doméstica contra a mulher nos projetos de lei da Câmara dos Deputados. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 187-212, abr. 2020. Disponível em: https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6389. Acesso em: 15 jan. 2021.

CARONE, Renata. R. Atuação do movimento feminista no Legislativo Federal: caso da Lei Maria da Penha. *Lua Nova*, São Paulo, n. 105, p. 181-216. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/Qc3SyHMX7tycGfYqVdr3hdp/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 15 jan. 2021.

COELHO, Edmundo Campos. *A oficina do diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005. 428 p.

DOUDEMENT, Marcello L. *Jogos regimentais*: estratégia de aprovação e obstrução na Câmara dos Deputados. O caso da Frente Parlamentar Evangélica. Monografia (Graduação em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/12776/1/2015_MarcelloLiraDoudement.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 16, 2022. 513 p. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5. Acesso em: 17 jun. 2021.

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 193-224, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/qx3MKmGPKfbWpQYLh6vmQMP/?lang=pt. Acesso em: 15 jan. 2021.

GUARANHA, Olívia Landi Corrales. *Disputas legislativas e escolhas políticas para o enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres*: um estudo sobre a formulação de políticas públicas pela Câmara dos Deputados. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2021.

HIROI, Taeko; RENNÓ, Lúcio. Obstrução e processo decisório na Câmara dos Deputados: 1991 a 2010. *Ipea – Texto para Discussão*, Brasília, n. 1957, 2014. 39 p. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3014. Acesso em: 10 jan. 2021.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *O papel do Legislativo na segurança pública* – Análise da atuação do Congresso Nacional em 2019. São Paulo, 2020. 24 p. Disponível em: https://soudapaz.org/wp-content/uploads/2020/12/AnaliseLegislativo_SegurancaPublica_2019_ISDP.pdf. Acesso em: 5 jan. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista*: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 264 p.

OLSSON, Giovanni, CASTALDI, Valquíria. O poder do Estado no uso da violência legítima: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro e sua (in)efetividade. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 47-73, jan./jun. 2018. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/713. Acesso em: 1º fev. 2023.

PASINATO, Wânia. Violência contra a mulher: segurança e justiça. *In*: LIMA, Renato S.; RATTON, José L.; AZEVEDO, Rodrigo G. de. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 230-235.

POSSAS, Mariana Thorstensen. Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 8, n. 3 p. 473-499, jul./set. 2015. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7302/5881. Acesso em: 10 jun. 2022.

RIBEIRO, Leandro M.; PEIXOTO, Vitor de M.; BURLAMAQUI, Patricia O. Processo decisório e inovação institucional no presidencialismo de coalizão: um estudo a partir da gênese das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 99-124, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7531/6024. Acesso em: 16 jan. 2021.

RIBEIRO, Leandro Molhano; BURLAMAQUI, Patricia de O. Trinta anos depois, os desafios são os mesmos? O debate sobre segurança pública na Assembleia Nacional Constituinte. *Locus: Revista de História*, Juiz de Fora, v. 24, n. 2, p. 375-410, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20885/22398. Acesso em: 16 jan. 2021.

SANTOS, Cecília Macdowell. Da Delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, jun. 2010. Disponível em: https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/gender%20workshopRCCS_89_Cecilia_Santos.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

SANTOS, Íris Gomes. *Agentes de mudança, contexto político e dinâmica institucional*: um estudo sobre o processo de mudança institucional gradual no setor de segurança pública no Brasil. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3159821. Acesso em: 11 dez. 2020.

TSEBELIS, George. O processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 34, p. 89-117, jun. 1997. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

Anexos

Anexo 1 – Produção normativa do Poder Legislativo sobre segurança pública e violência de gênero: desafios metodológicos para a coleta de informações e categorização dos assuntos tratados

Definição dos casos a serem analisados

Um primeiro desafio para a análise da produção normativa do Poder Legislativo sobre segurança pública e violência contra a mulher foi a coleta das proposições legislativas sobre o tema no *site Dados Abertos* da Câmara dos Deputados (https://dadosabertos.camara.leg.br).[26] As proposições legislativas relacionadas à segurança pública encontram-se na classificação temática "Defesa e Segurança". Foram encontradas 5.345 proposições dos seguintes tipos: Consultas, Emendas, Indicações, Medida Provisória, Mensagem de Acordos, Convênios, Tratados e Atos Internacionais Projeto de Decreto Legislativo, Proposta de Emenda à Constituição, Projeto de Lei, Projeto de Lei Complementar, Projeto de Conversão, Projeto de Resolução, Requerimento de Instituição de CPI, Requerimento de Informação, Substitutivo, Solicitação de Informação ao TCU e Sugestão. As proposições relacionadas ao tema "Defesa" foram excluídas de forma manual, mediante a análise de suas ementas. Nesse trabalho, foram analisados os projetos de lei (PLs) e propostas de emenda à Constituição (PECs) da temática de segurança pública. Após essas exclusões, foram encontrados 2.395 PLs e PECs relacionados à pauta

[26] Foram coletados todos arquivos entre os anos de 1989 e 2019 por "proposições por ano de apresentação" (http://dadosabertos.camara.leg.br/arquivos/proposicoes/{formato}/proposicoes-{ano}.{formato}) e "classificação temática das proposições" (http://dadosabertos.camara.leg.br/arquivos/proposicoesTemas/{formato}/proposicoesTemas-{ano}.{formato}). Esses bancos de dados foram coletados, agregados e organizados por proposições legislativas por meio do *software* R.

ampla da segurança pública, e apenas 57 PLs relacionados ao tema da violência contra a mulher, totalizando 2.261 casos.

Diante de um número tão baixo de proposições procedeu-se a uma análise mais detalhada das atas e de reuniões deliberativas ordinárias das comissões da Câmara dos Deputados relacionadas a projetos de lei especificamente voltados para o tratamento da violência de gênero. Nessa rodada de análise, observou-se que diversos projetos não estavam dentro da classificação "Defesa e Segurança" no *site Dados Abertos* da Câmara dos Deputados. Foi realizada, então, uma nova rodada de busca de PLs e PECs no *website* da Câmara dos Deputados em "propostas legislativas". Usando a ferramenta "busca avançada" foi feita uma busca com os seguintes termos: "segurança pública", "polícia", "bombeiro", "ECA", "legítima defesa", "arma de fogo", "drogas, "violência de gênero", "violência contra a mulher", "feminicídio", "violência doméstica" entre outros.[27] Nessa nova busca, foram encontrados 177 PLs e 14 PECs relacionados à pauta ampla da segurança pública e 144 PLs e 1 PEC que especificamente tratam do tema violência de gênero. Assim, foram adicionados 336 PLs e PECs ao banco de dados original, resultando em 2.591 propostas legislativas: 92,5% (2.395) PLs e 7,5% (196) PECs.

Classificação temática das proposições

Um segundo desafio à análise proposta diz respeito à classificação temática das proposições coletadas, na medida em que há uma grande diversidade de assuntos relacionados à segurança pública e violência de gênero tratados no processo legislativo no Congresso Nacional.[28] Procurando contemplar essa diversidade, as propostas legislativas foram categorizadas a partir dos seguintes objetos das proposições: se elas tratam de atores/atrizes/instituições que fazem parte da área de segurança e/ou se elas tratam de assuntos específicos de segurança e violência de gênero. Esse procedimento resultou em 31 assuntos, sendo eles: (1) polícia, no caso de matérias que tratavam da carreira, salários, regulamentação de suas atividades, ampliação de direitos a categoria, reformas do modelo de atuação e criação de novas burocracias policiais; (2) bombeiros, para matérias que tratam da carreira, regulamentação de suas atividades, reformas no modelo de atuação

[27] Essas palavras-chave foram escolhidas a partir de uma revisão da literatura sobre segurança pública e violência de gênero que não foi apresentada neste trabalho. Essas palavras foram utilizadas, também, na criação de categorias e subcategorias de análise no processo de análise das matérias.

[28] A revisão da literatura sobre as demais temáticas tratadas nesta pesquisa serviu como parâmetro para classificar as proposições legislativas coletadas (RIBEIRO; BURLAMAQUI, 2018; SANTOS, 2015; CORONE, 2018; GOMES, 2006; TSEBELIS, 1997).

e ampliam direitos a essa categoria profissional. Foram incluídos nesse caso os bombeiros militares, civis e a defesa civil; (3) guarda municipal, para matérias que tratam da carreira e benefícios, autoriza o porte de armas e garante poder de polícia a essa categoria; (4) agente de trânsito, para matérias que ampliam direitos e garantias e poder de polícia a essa categoria; (5) polícia penal para matérias que tratam da carreira, benefícios e garante poder de polícia;[29] (6) força nacional, que versam sobre a criação de uma força nacional de segurança pública; (7) municipalização da segurança pública, no caso de proposições que têm como objetivo retirar o poder dos estados na segurança pública e transferir para os municípios; (8) atuação das Forças Armadas na segurança pública/interna, para proposições que objetivam ampliar o poder das Forças Armadas na segurança pública; (9) ampliação de competências da União, para proposições que expandem as competências do Governo federal na segurança pública; (10) controle externo da atividade policial, para proposições que ampliam mecanismos de controle externo da atividade policial, como: criação de ouvidorias, corregedorias e mecanismos de transparência dos seus atos; (11) restruturação do sistema de segurança pública, para proposições que objetivam modificar e/ou reestruturar o sistema de segurança pública relacionado a competências, coordenação e implementação de políticas públicas; (12) criação de conselho de segurança pública, para propostas que definem a criação de conselhos na área; (13) Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), para proposições que versam, especificamente, sobre a criação do FNSP ou ampliação de recursos e investimentos na área com dinheiro do fundo ou expansão de categorias profissionais que podem ter acesso a esses recursos; (14) fundos, recursos e financiamento compartilhados, para proposições que tratam de finanças públicas, aumento de recursos e investimentos, assim como criação de novos fundos para área; (15) programas e políticas de segurança pública, proposições que reúnem projetos estruturados na área da segurança pública; (16) publicidade de estatísticas criminais, proposições que versam sobre a criação, ampliação, divulgação e transparência de dados de estatísticas criminais. Também incluímos projetos relacionados à criação de cadastros nacionais que forneçam alimentação de informações de ocorrências criminais e cadastro de pessoas procuradas; (17) política de drogas, para proposições referentes à implantação e ao financiamento de políticas preventivas e descriminalização das drogas ou políticas repressivas de proibição, criminalização e penalização do uso de drogas; (18) política de armas, proposições que dizem respeito à regulamentação e/ou desregulamentação do sistema de controle de armas e munições, assim como matérias que visam ao

[29] A partir de 2019, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 104, os agentes de segurança penitenciários passaram a ser identificados como policiais penais e ganharam *status* e poder de polícia.

controle e/ou proibição da produção e/ou flexibilização do porte e posse de armas e munições; (19) aumento de penas, para proposições que buscam aumentar penas para crimes já tipificados; (20) criminalização de condutas, para proposições que propõem criar novos crimes; (21) inquérito policial, para proposições que tratam do processo investigativo policial até a entrega do relatório policial ao Ministério Público; (22) processo penal, para proposições que tratam do rito de persecução criminal, desde o pré-processo penal até sentença final do juiz (condenação ou não); (23) execução penal, para proposições que tratam desde o momento que o preso é condenado e inserido no sistema prisional até a sua saída do sistema, como também referentes a programas, projetos e/ou restruturação do sistema prisional, que incluem direitos e deveres do preso e políticas voltadas para egresso do sistema prisional; (24) ECA, para projetos que tratam especificamente da alteração do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/1990), ampliando medidas punitivas e/ou medidas protetivas; (25) maioridade penal, para proposições que tratam da redução da imputabilidade penal; (26) legítima defesa, para proposições que defendem o direito fundamental do exercício de legítima defesa para agentes de segurança pública e/ou cidadãos e de portar os meios necessários para garantir a proteção da sua vida e propriedade; (27) segurança privada, para proposições que tratam de diretrizes relacionadas à segurança privada, como atuação das empresas privadas e dos prestadores de serviços, vigilância eletrônica e videomonitoramento e novas tecnologias de vigilância; (28) prevenção de incêndios, no caso de matérias que tratam de planos, alvará, prevenção de incêndios em escolas, casas noturnas, estabelecimentos comerciais e outros; (29) vigilância nas instituições de ensino no país, proposições que propõem mais vigilâncias em estabelecimentos de ensino, escolas ou universidades com a implantação de policiamento ostensivo, câmeras, detectores de metais e outros nesses locais; (30) desaparecidos, no caso de matérias que tratam de cadastro e divulgação de imagens de pessoas desaparecidas; (31) vítimas, para proposições que tratam sobre vítimas de violência; (32) violência contra a mulher, para proposições que tratam especificamente no caso da vítima ser uma mulher e propostas para o enfrentamento e combate da violência contra a mulher; (33) outros, para matérias que tratam de assuntos que foram considerados não relevantes (exemplos: estatuto do torcedor, normas de segurança relacionada ao uso de chuveiros elétricos e outros) e/ou para matérias com ocorrência insignificante ao ponto de serem apresentadas como categorias específicas.

Para os assuntos cujo objeto são atores/atrizes/instituições e alguns temas, foi necessário definir subcategorias relacionadas a temas de segurança. Além disso, de forma a caracterizar o perfil dos autores das proposições, as matérias foram classificadas quanto ao seu posicionamento ideológico, sexo, partido político, estado e profissão. As proposições foram classificadas a partir da orientação ideológica

dos seus autores, se "progressistas" ou "conservadores" e se apresentam uma proposta de cunho repressivo ou preventivo. Durante o processo de classificação, foi observado um volume de proposições que buscavam atender aos interesses corporativos dos agentes de segurança pública, que foram, então, classificadas com espectro ideológico "corporativista". Essas propostas são relacionadas a piso salarial, ampliação de direitos e garantias das categorias policiais, como exemplo, direito à greve e manifestação política. As matérias categorizadas como "outros" não foram classificadas segundo o espectro ideológico e, por isso, o campo ideológico foi preenchido como "sem classificação". Os quadros a seguir sistematizam as categorias e subcategorias dos assuntos tratados e orientação ideológica.

Quadro 3 – Categorias e subcategorias de análise

(continua)

Categoria	Subcategoria	Ideologia
Polícia	Amplia direitos e garantias	Corporativista
	Autonomia funcional e administrativa	Corporativista
	Alteração de competências	Conservador
	Carreira	Corporativista
	Criação de nova burocracia	Conservador
	Disciplina uso da força	Classificado caso a caso
	Normas de organização	Conservador
	Outros	Classificado caso a caso
	Piso salarial	Corporativista
	Unificação das polícias	Progressista
Polícia penal	Amplia direitos e garantias	Corporativista
	Carreira	Corporativista
	Poder de polícia	Conservador
Bombeiros	Amplia direitos e garantias	Corporativista
	Bombeiro civil	Classificar caso a caso
	Carreira	Corporativista
	Criação de nova burocracia	Conservador
	Defesa civil	Classificar caso a caso
	Destina recursos	Classificar caso a caso
	Normas de organização	Conservador
Guarda municipal	Amplia direitos e garantias	Corporativista
	Autoriza porte de arma	Conservador
	Piso salarial	Corporativista
	Poder de polícia	Conservador

(conclusão)

Categoria	Subcategoria	Ideologia
Agentes de trânsito	Amplia direitos e garantias	Corporativista
	Poder de polícia	Conservador
FNSP	Acesso do município a recursos do FNSP	Progressista
	Ampliação dos recursos do FNSP	Progressista
	Criação do Fundo Nacional de Segurança Pública	Progressista
	Complementação de salários para agentes de segurança	Conservador
Legítima defesa	Conduta policial	Conservador
Política de armas	Controle	Progressistas
	Flexibilização	Conservador
	Destino ao arsenal da polícia	Conservador
Política de drogas	Prevenção	Progressista
	Repressão/punição	Conservador
ECA	Medidas punitivas	Conservador
	Medidas de proteção	Progressista
	Medidas socioeducativas	Progressista
Execução penal	Direito do preso	Progressista
	Estabelecimento penal	Conservador
	Federalizar estabelecimentos penais	Conservador
	Reinserção social	Progressistas
Publicizar estatística criminal	Estatísticas criminais	Progressistas
	Cadastros	Classificar caso a caso
Restruturação do sistema de segurança pública	Criação do SUSP	Progressista
	Pronasci	Classificar caso a caso
	Criação de outros sistemas na área	Classificar caso a caso
Vítima	Delegacia/atendimento especializado	Progressista
	Enfrentamento exploração sexual de criança/ adolescente	Progressista
	Estado indenizar a vítima	Progressista
	Medidas de assistência	Progressista
	Medidas protetivas	Progressista
	Notificação compulsória	Progressista

Fonte: Elaboração própria.

Quadro 4 – Categorias de análise

Categoria	Ideologia
Ampliação de competências da União	Progressista
Atuação das forças armadas na segurança pública/interna	Conservador
Aumento de penas	Conservador
Controle externo da atividade policial	Progressista
Criação de conselho de segurança pública	Progressista
Criminalização de condutas	Classificar caso a caso
Desaparecidos	Sem classificação
Fundo, recursos e financiamento compartilhado	Progressista
Força Nacional de Segurança Pública	Conservador
Inquérito policial	Classificar caso a caso
Legítima defesa	Conservador
Maioridade penal	Conservador
Municipalização da segurança pública	Conservador
Programas e políticas de segurança pública	Progressistas
Prevenção de incêndios	Sem classificação
Processo penal	Classificado caso a caso
Vigilância nas instituições de ensino no país	Classificar caso a caso
Segurança privada	Sem classificação
Outros	Sem classificação

Fonte: Elaboração própria.

Quadro 5 – Violência contra a mulher: categorias e subcategorias de análise

Categoria	Subcategoria	Ideologia
Violência contra a mulher	Aumento de pena	Conservador
	Cadastro/Sinesp	Classificar caso a caso
	Central de atendimento	Progressista
	Criminalizar conduta	Classificar caso a caso
	Delegacia/atendimento especializado	Progressista
	Discriminação de gênero/misoginia	Progressista
	Feminicídio	Conservador
	Medidas preventivas	Progressista
	Medidas de assistência	Progressista
	Medidas protetivas	Progressista
	Monitoramento eletrônico	Progressista
	Notificação compulsória	Progressista
	Outros	Caso a caso
	Prevenção/FNSP	Progressista
	Reabilitação do agressor	Progressista
	Recolhimento de arma do acusado	Progressista
	Reformista	Progressista
	Veda/cargo público	Progressista
	Violência doméstica	Classificar caso a caso
	Persecução penal	Classificar caso a caso

Fonte: Elaboração própria.

Anexo 2 – Quadro partidos políticos

Quadro 6 – Sigla, nomes e antigas nomenclaturas de partidos políticos identificados no banco de dados

Sigla	Nome
PT	Partido dos Trabalhadores
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PSB	Partido Socialista Brasileiro
MDB	Movimento Democrático Brasileiro (retirou o "Partido" da sua nomenclatura em 2017).
PSDB	Partido Social-Democrata Brasileiro
PSD	Partido Social Democrático
Progr	Progressistas (antigo PP – Partido Progressista/PPB – Partido Progressista Brasileiro)
Rep	Republicano (antigo PRB – Partido Republicano Brasileiro)
PL	Partido Liberal (antigo PR – Partido da República/Prona – Partido de Reedificação da Ordem Nacional)
DEM	Democratas (antigo PFL – Partido da Frente Liberal)
PSL	Partido Social Liberal
PL	Partido Liberal (antigo PR – Partido da República/Prona – Partido de Reedificação da Ordem Nacional)
DEM	Democratas (antigo PFL – Partido da Frente Liberal)
PSL	Partido Social Liberal
PartpeqEsq	Partidos pequenos de esquerda (PSOL – Partido Socialismo e Liberdade; PC do B – Partido Comunista do Brasil; PCB – Partido Comunista Brasileiro)
PartpeqDir	Partidos pequenos de direita: Patriota (antigo PRP – Partido Republicano Progressista/PEN – Partido Ecológico Nacional); Podemos (antigo PTN – Partido Trabalhista Nacional); Brasil35 (antigo PMB – Partido da Mulher Brasileira); PTB – Partido Trabalhista Brasileiro; AGIR (PRN/PTC – Partido da Reconstrução Nacional/ Partido Trabalhista Cristão); PMN – Partido da Mobilização Nacional; DC – Democrata Cristão (antigo PSDC – Partido Social-Democrata Cristão); PST – Partido Social Trabalhista; SD – Solidariedade; Avante (PTdoB – Partido Trabalhista do Brasil); PHS – Partido Humanista da Solidariedade; PSC – Partido Social Cristão)
Centro	Rede – Rede Sustentabilidade; PV – Partido Verde; Cidadania (antigo PPS – Partido Popular Socialista); PROS – Partido Republicano da Ordem Social

Fonte: Elaboração própria a partir da classificação realizada por Bolognesi, Ribeiro e Condato (2023).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BURLAMAQUI, Patricia de Oliveira; RIBEIRO, Leandro Molhano. Punindo o agressor e/ou protegendo a vítima? Uma análise das iniciativas legislativas de enfrentamento da violência contra a mulher na pauta da segurança pública no Congresso Nacional entre 1989 e 2019. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 143-183, jul./dez. 2023.

Submissão: 08.02.2023
Pareceres: 28.02.2023 e 23.03.2023
Aceite: 23.03.2023

O *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* E AS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA LATINA

THE IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE AND THE LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONS

Lourenço Kantorski Lenardão

Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bolsista integral de mestrado CNPq. *E-mail*: lourencokl@gmail.com.

Guilherme Camargo Massaú

Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel – Mestrado. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPel – Mestrado e Doutorado. Professor da Faculdade de Direito da UFPel – Bacharelado. *E-mail*: uassam@gmail.com.

Resumo: O texto tem como objetivo analisar, por meio da similitude de termos positivamente constitucionalizados, a possibilidade do *ius constitutionale commune* na América Latina (ICCAL). Procuram-se identificar pontos comuns entre as constituições dos Estados que são signatários da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A proposta deste estudo é mostrar uma das possíveis vias em que pode seguir o ICCAL, a qual consiste em partir da similitude constitucional para a realização do diálogo entre as Cortes dos Estados. Isso proporcionaria uma prática constitucional comum entre os Estados da região, naquilo que a diversidade comporta. A metodologia empregada incluiu o uso do método hipotético-dedutivo, por meio do qual se propôs a similitude textual das constituições analisadas como via para a construção do ICCAL. Tal hipótese foi falseada por meio da busca textual de parâmetros específicos nas constituições, pelos quais foi possível quantificar, em parte, a similitude dos textos. Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualiquantitativa, bibliográfico-documental, que utiliza o método comparativo como auxiliar na análise. Como resultados, estabeleceu-se a projeção do ICCAL sob a perspectiva da teoria pluralista, de modo a respeitar a autonomia e a interdependência dos Estados. Isso decorreu por ter a coleta de dados realizada ter demonstrado relevante grau de similitude entre as constituições, bem como pela projeção da importante função dos tribunais no processo de assimilação do *ius commune*. Concluiu-se pela viabilidade da proposta metodológica apresentada, ressaltadas sua originalidade e relevância no debate em torno do ICCAL.

Palavras-chave: América Latina. Constituições. Cortes. *Ius constitutionale commune*. Soberania.

Abstract: The text has as an objective to analyze the possibility of *ius constitutionale commune* in Latin America (ICCAL) departing from the similarities between terms positively constitutionalized. Therefore,

it intends to identify common points between the Constitutions of States which are signatories of the Inter-American Court of Human Rights. However, the proposal of the article is to show one of the possible paths that ICCAL could assume, which consists on departing from the constitutional similarity in order to achieve a dialogue between the Courts of those States. With that, it would proportionate a common constitutional practice, inside what diversity can cope with, between the States in the region. To achieve that, the methodology implied has included the use of the hypothetical deductive method, proposing the textual similarity of the constitutions analyzed as a path to ICCALs construction. That hypothesis was tested by the textual research of specific parameters in the constitutions, which made possible to quantify, partially, the similarities in the texts Therefore, it involves a quali-quantitative approach, which uses the comparative method as an auxiliary in the analysis. As results, it was possible to establish a projection of ICCAL under the pluralist theory perspective, in a way that respects the autonomy and independence of States. That was possible due to the data collected, which has shown a relevant degree of similarity between the constitutions, also through the projection of an important role of Courts on the process of assimilating of *ius commune*. The conclusion was that the methodological proposal that was presented is viable, outlining its originality and relevance to the debate around ICCAL.

Keywords: Latin America. Constitutions. Courts. *Ius constitutionale commune*. Sovereignty.

Sumário: **1** Introdução – **2** Independência e o *ius constitutionale commune* – **3** *Ius constitutionale commune* – **4** A projeção do *ius constitutionale commune* na América Latina – **5** Conclusão – Referências – Anexo

Contents: **1** Introduction – **2** Independence and *ius constitutionale commune* – **3** *Ius constitutionale commune* – **4** *Ius constitutionale communes* projection in Latin America – **5** Conclusion – References – Aneex

1 Introdução

Este estudo tem como objetivo analisar, por meio de termos contidos nos textos, a similitude entre normas (regras e princípios) constitucionais no contexto latino-americano. Aqui não se adentra no diálogo do direito internacional com o direito nacional[1] e sua influência, mas se verifica o impulso que o diálogo entre as constituições nacionais pode ofertar para a promoção do *ius constitutionale commune* na América Latina (ICCAL). Nessa intersecção, estuda-se o papel integrador das cortes constitucionais de cada Estado.

O tema se mostra relevante no estudo do constitucionalismo latino-americano, na medida em que envolve a possibilidade de maior integração da região por meio de aspectos normativos constitucionais próprios de cada Estado estudado. A abordagem pode se mostrar mais efetiva e viável atualmente, do que a criação de uma constituição internacional, ou novas cortes internacionais. Assim, a proposta

[1] BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. A manera de prefacio. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional de constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 21.

metodológica do texto pretende construir um caminho, ainda que inicial, para o *ius constitutionale commune*. Nesse contexto, propõe-se resolver o seguinte problema de pesquisa: a proximidade semântica das constituições latino-americanas e o diálogo entre as cortes dos Estados da região podem servir como caminho para a construção do ICCAL?

O método aplicado para alcançar este objetivo foi o hipotético-dedutivo, tendo como auxiliar o método comparativo, uma vez que se propõe identificar pontos em comum de diferentes constituições. Parte-se do pressuposto de que o direito internacional – especificamente o regional – influenciou decisivamente os textos constitucionais de Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela[2] a ponto de eles conterem termos[3] textuais similares. Por conseguinte, advém a hipótese da pesquisa: semanticamente, estaria formada uma das camadas – mesmo que "fina" – de sustentação para o ICCAL. Como primeira etapa, estabelece-se um elemento comum entre as realidades constitucionais.

A visão que se propõe é a do aspecto formal/literal[4] dos termos constitucionais, uma vez que se trata de um trabalho analítico. Inicialmente, procedeu-se com uma revisão bibliográfica a respeito do ICCAL e de sua relevância para o constitucionalismo latino-americano. Após, a fim de alcançar o objetivo de pesquisa, buscou-se constatar o grau de similitude entre as constituições dos Estados anteriormente citados. Para isso, consideraram-se dezesseis parâmetros de busca, que são institutos/instituições e direitos: *nações unidas e/ou direitos humanos*; *cultura*; *democracia*; *direitos econômicos*; *educação*; *igualdade*; *executivo*; *federal*; *liberdade*; *direitos fundamentais*; *habeas corpus*; *judiciário*; *legislativo*; *religião*; *direitos sociais*; *soberania*. Utilizou-se o mecanismo de buscas do Comparative Constitutions Project[5] para localizar e precisar quais países mencionam os parâmetros em suas constituições. Após a coleta de dados, foram elaborados gráficos que retratam o número de parâmetros em comum que os Estados apresentam. Esse processo comparativo visa falsear a hipótese proposta. Por meio da comparação das constituições, foi possível testá-la e, posteriormente, corroborá-la.

---

2 Os Estados escolhidos para análise são signatários da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 A palavra *termo* designa uma instituição ou um direito, que será tratado como parâmetro de comparação.

4 Deve-se ter ciência de que textos iguais ou semelhantes em duas ou mais constituições não significam que tenham o mesmo sentido normativamente/materialmente. A efetividade de cada texto depende do sistema e da cultura de cada contexto sociojurídico (SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28).

5 Banco de dados *on-line* organizado pela Universidade de Chicago e pela Universidade do Texas, no qual consta o texto das constituições de 201 Estados (Disponível em: https://www.constituteproject.org/).

Devido à existência desses termos nas constituições dos Estados, anteriormente citados, foram identificadas similitudes institucionais e de direitos capazes de fornecer às suas cortes os meios básicos para um diálogo jurisdicional. Desse modo, trata-se de uma pesquisa qualiquantitativa, bibliográfico-documental. Além de analisar o tema do ICCAL, busca-se quantificar, ainda que somente no aspecto textual e no que toca aos parâmetros escolhidos, a semelhança entre as constituições dos Estados em questão.

A perspectiva metodológica proposta na investigação concentra-se na atuação das cortes nacionais como impulsionadora de inovações para América Latina no que se refere à concretização constitucional e, como corolário, à transformação social. A constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional[6] propiciaram às Cortes nacionais trabalharem com textos normativos similares, tornando viável o projeto do ICCAL. Há dois níveis de similaridade: 1) entre os textos constitucionais; 2) entre os textos constitucionais e os de direito internacional. Destaca-se o possível diálogo horizontal entre as Cortes com base nos textos constitucionais. Não se trata de apresentar um sistema multinível[7] hierarquizado, mas gizar *como* pode ocorrer o diálogo entre Cortes estatais, intermediado, quando pertinente, pelo direito internacional.[8] No entanto, ao longo desta investigação, se reconhece que o avanço do ICCAL vai em direção a um sistema multinível formal e materialmente estruturado.

Compreende-se que o *ius constitutionale commune* não se reduz nem a aspectos formais, nem aos homogêneos das constituições. Intenta-se mostrar um dos possíveis pontos de partida para análise e estruturar uma proposta metodológica[9] para ICCAL, ou seja, o aspecto formal-textual das constituições.[10] Destarte, entende-se

6 BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 158-159; 163-164.

7 PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. p. 1373-1349.

8 GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 340-343.

9 Entenda-se metodologia como a lógica/razão de um proceder que tem um fim específico ou se propõe a determinado objetivo (NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 9).

10 As constituições escritas são oriundas do constitucionalismo moderno (VORLÄNDER, Hans. *Die Verfassung*. Idee und Geschichte. 3 Aufl. München: C.H.Beck, 2009. p. 11).

que, atualmente, pensar em constituição internacional, cortes supranacionais e transnacionais é menos efetivo do que pensar em como se pode aplicar normas similares de forma semelhante em contextos diferentes, sem afastamento das idiossincrasias histórico-constitutivas de cada contexto social, geográfico e cultural.[11]

2 Independência e o *ius constitutionale commune*

Para que se possa pensar no *ius constitutionale commune* é preciso levar em consideração a realidade do Estado em relação a seus pares. Nesse caso, ter-se-ia que levar em consideração o princípio de direito internacional da soberania interna e da independência externa dos Estados.[12] Isso significa que depende da vontade de cada Estado reconhecer ou não a constituição e o direito constitucional comum. Embora o princípio da soberania dos Estados venha sendo compreendido de forma relativa em relação ao passado,[13] mas atualmente ela ainda prevalece, no direito internacional, como há séculos.[14]

O pensar sobre o *ius constitutionale commune* pode enveredar, no mínimo, por dois caminhos, o internacional e o local. O primeiro envolve o projeto de legislação (constituição) comum e imperativa aos Estado e, por conseguinte, um direito constitucional comum, projetado pelo mesmo documento internacionalmente constituído.

---

[11] SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 109-111; BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 145-146.

[12] Destarte, a soberania interna não é a mesma externa para o direito internacional, pois internacionalmente ela é traduzida na prerrogativa de fazer ou não tratados ou assumir outros compromissos internacionais, relacionar-se ou não com outros Estados, consentir ou não na resolução de conflitos internacionais. Em comparação aos Estados, existem os não Estados que estão sujeitos ao direito internacional (direitos e obrigações) como grupos humanos, indivíduos, organizações não governamentais e as *International Governmental Organizations* (IGOs), que não possuem soberania (CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 118).

[13] A relativização da compreensão da soberania defende uma proposta de maior intervenção nos assuntos internos, a privilegiar uma perspectiva de subclasse de Estados vista como boa ou, ao menos, tolerável, ao centrar essa ação em uma justificativa na ajuda ou na intervenção a partir da perspectiva da "responsabilidade de proteger". A soberania tornar-se-ia relativa a partir do reconhecimento da autonomia das comunidades territoriais, sendo um valor em si mesmo. Contudo, em sua generalidade, os *human rights standars* não ferem a soberania dos Estados pelo fato de não detalhar condutas e suas respectivas efetivações, que podem se dar de diversas formas (CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 119; 122).

[14] Arts. 2, 4 e 7, da Carta das Organização das Nações Unidas.

O segundo envolve convergência normativo-constitucional preponderante no contexto da comunidade internacional,[15] expressada no texto e na prática constitucional de cada Estado e do direito internacional.[16]

2.1 Monismo

Adota-se, aqui, a designação de monismo para destacar a perspectiva internacionalista do *ius constitutionale commune*, calcado em uma legislação (constituição) comum para todos os Estados. Haveria aí um texto constitucional e um direito constitucional derivados de uma única fonte – um "tratado-constituição", existindo, portanto, semelhança com a teoria monista em que se colocam dois sistemas jurídicos completamente integrados e abertos um ao outro. O direito internacional ocuparia assim posição hierárquica superior, prevalecendo o "tratado-constituição" em detrimento das normas internas dos Estados.

O problema a ser superado, tal como a crítica à teoria monista, é a hierarquização, uma vez que prevaleceriam as decisões tomadas entre Estados, na seara diplomática, sobre os debates internos, legislativos e as decisões jurisprudenciais dos próprios Estados,[17] decorrendo daí a dificuldade de superar os princípios da soberania e da independência, que possibilitam aos Estados aderir circunstancialmente ao direito internacional.[18] Contudo, em primeira análise, essa abordagem favoreceria a ascensão de um constitucionalismo global, pois a superioridade formal dos tratados internacionais sobre o direito interno reforçaria sua eficácia e ampliaria seu âmbito de proteção.

[15] *Vide* WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (re-)emerging constitutional principle: some further reflections. *In*: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (Ed.). *Solidarity*: a structural principle of international law. Heidelberg: Springer, 2009. p. 7-8.

[16] Nesse caso, poder-se-á estar diante de situações normativas bidimensionais (ou *dédoublement fonctionnel*), ou seja, ao mesmo tempo com força constitucional e internacional (CASSESE, Antonio. Remarks on scelle's theory of "role splitting" (dedoublement fonctionnet) in international law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 210-231, 1990. Disponível em: http://www.ejil.org/archive.php?issue=71. Acesso em: 1º abr. 2021).

[17] VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional. *RSTPR*, v. 3, n. 6, p. 207-225, 2015.

[18] HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 131; com o foco nos direitos humanos na América Latina, *vide*: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia um Ius Commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 69-72.

2.2 Pluralismo

A perspectiva do pluralismo ajusta-se à teoria dualista moderada. A teoria dualista sustenta uma divisão entre o direito interno e o direito internacional como dois sistemas jurídicos totalmente dissociados e sem comunicação. As normas de direito internacional só poderiam gerar efeitos sobre a ordem jurídica de um Estado se incorporadas ao direito interno por meio de atos normativos por ele estabelecidos. Nessa perspectiva, não há relação hierárquica ou conflituosa, entre as normas dos dois sistemas, tendo os tratados apenas relevância exterior.[19] A crítica ao um dualismo diz que esse arcabouço teórico não é aplicável ao contexto atual.[20] Denota-se que o direito internacional assume novas nuances, considerando, cada vez mais, seus titulares não apenas os Estados, como também os indivíduos.

Destarte, denominar-se-á pluralismo a teoria dualista moderada,[21] decorrente da solução brasileira que não pende para a concepção radical, quer monista, quer dualista.[22] Do art. 102, inc. III, alínea "b",[23] da CRFB, extrai-se que os tratados internacionais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, estando em posição hierárquica inferior às normas constitucionais –[24] *vide*: STF, Recurso Extraordinário nº 466.343-SP e ADI-MC nº 1.480 – ou o art. 5º, §3º, da CRFB, quando disciplina que norma internacional que verse sobre direitos humanos seja internalizada como norma constitucional.

A perspectiva do pluralismo para *ius constitutionale commune* parece ser a mais adequada, pelo fato de manter intactos os princípios da soberania e da independência dos Estados. Ela conserva sem modificações a dinâmica do direito internacional, levando em consideração a recorrente interação entre direito interno e ordem jurídica internacional, principalmente, a partir do paradigma estabelecido pela *Charter of the United Nations* 1945 (art. 2, 1).[25] Por conseguinte, o presente estudo propõe uma visão de *ius constitutionale commune* sob a perspectiva denominada (aqui) de pluralista, qual seja: pela convergência normativo-constitucional dos Estados ocorrer a formação de um ICCAL. A palavra *pluralista* designa o fato

[19] BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

[20] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2020.

[21] BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

[22] BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

[23] Art. 143 da Constituição Federal: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

[24] GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

[25] HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 133.

de cada Estado manter a soberania e a independência e, por conseguinte, seu direito constitucional com suas particularidades sociais, geográficas e culturais.

2.3 Transfronteirização

Inicialmente, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, observou-se a transfronteirização em temas como o das liberdades individuais, contempladas em diversas constituições nacionais e positivadas, na esfera internacional, em tratados como o pacto internacional dos direitos civis e políticos.[26] Tal movimento progressivamente evoluiu, de modo que assuntos tradicionalmente abordados pelo direito interno passaram a ser vistos de forma transnacional. Notáveis exemplos são as concepções de direitos fundamentais/humanos, de democracia, de Estado de direito e de separação de poderes.

Além de o Poder Legislador absorver e copiar textos normativos de outros Estados, também o Poder Judiciário passou a se valer de decisões de Cortes alienígenas em suas deliberações, ocorrendo, pois, comunicação entre diferentes ordenamentos jurídicos. Devido às exigências do processo globalizador e, concomitantemente, à *global governance*, esse processo comunicativo se estreitou. A revolução da tecnologia e da informação, por meio da *network* intensificada pela *internet*, dissolveu barreiras de tempo e espaço. Informações e comunicações absorvidas tornaram-se independentes das fronteiras territoriais, ampliando e aprofundando o poder e a governança pública,[27] com a participação do direito. Ressalta-se que não há integração entre os Estados exclusivamente por meio do direito, sem a participação da política.[28]

Deste cenário de intercomunicações surgem, na contemporaneidade, novas perspectivas, como *cross-cutting jurisdiction*, *cross-constitucionalismo*, entre outras perspectivas, para se trabalhar com os problemas jurídicos na contemporaneidade. Isso significa o uso do conhecimento estrangeiro das normas jurídicas, a fim de resolver controvérsias jurídicas que ultrapassam os limites do Estado e tornam-se pautas de cortes supranacionais e internacionais. Trata-se do compartilhamento do conhecimento jurídico.[29] Fala-se em *Post-Westphalian global constitutionalism* pelo

[26] PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004.

[27] BELOV, Martin. The challenges to Westphalian constitutional geometry in the age of supranational constitutionalism, global governance and information revolution. *In*: BELOV, Martin (Ed.). *Global Constitutionalism and its challenges to Westphalian constitutional law*. Oxford: Hart, 2018. p. 50.

[28] KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. *In*: GRIMMEL, Andreas (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challegens, Analyses, Solutions. Londres: Routledge, 2019. p. 26-27.

[29] MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

fato de o poder público não estar organizado em forma de território e apresentar um modelo supranacional e global de constitucionalismo baseado no pluralismo constitucional. Essas perspectivas emergem das exigências da *global governance*, conformada com base na atual fase civilizacional.[30] Por conseguinte, têm-se implicações da estrutura constitucional do Estado, na medida em que as esferas supranacional, nacional e subnacional passam a desempenhar papéis distintos em relação à *geometria constitucional* tradicional.[31]

Nesse contexto, denotam-se dois movimentos expressos na dialética entre os direitos internos e o direito interno e internacional. Primeiro, a utilização de parâmetros teóricos do constitucionalismo, entre eles a organização estatal e os direitos fundamentais, na esfera internacional.[32] Depois, um processo de assimilação, observado principalmente nas constituições datadas do final do século XX, de normas e valores consagrados no direito internacional nas esferas dos direitos humanos e do direito ambiental.

Esses dois fenômenos passaram a caracterizar o *global constituionalism*, o qual, como perspectiva acadêmica, vem a constatar o processo de constitucionalização do direito internacional, apresentando também outras questões relevantes, como a jurisdição das cortes internacionais, e a tendência de uniformização das constituições nacionais. Não obstante o ICCAL ter como característica importante o componente regionalista, sua base teórica está diretamente relacionada com os conceitos decorrentes da transfronteirização. É enfatizado na literatura que o discurso do ICCAL, mesmo sendo uma forma de regionalismo, deve ser entendido como um discurso global e universal.[33]

A ideia de possibilitar a concretização das promessas das constituições latino-americanas contempla, igualmente, diversas propostas do direito internacional e do sistema de direitos humanos da Organização das Nações Unidas. Seu substrato

---

[30] Para os elementos que identificam a globalização e governança, *vide*: SERNA DE LA GARZA, José Ma. El concepto del Ius Commune latianoamericano en derechos humanos: elementos para uma agenda de investigación. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 195-197.

[31] BELOV, Martin. The challenges to Westphalian constitutional geometry in the age of supranational constitutionalism, global governance and information revolution. *In*: BELOV, Martin (Ed.). *Global Constitutionalism and its challenges to Westphalian constitutional law*. Oxford: Hart, 2018. p. 50; 53-54.

[32] PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 397-411. p. 399. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2. Acesso em: 20 abr. 2021.

[33] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 30.

teórico não rejeita a construção originária da Europa de constitucionalismo e direitos humanos, conforme se aprofunda no item seguinte deste estudo.

3 *Ius constitutionale commune*

Este tópico traça a caracterização e destaca as peculiaridades do *ius constitutionale commune* no condizente à região latino-americana. O ICCAL é um movimento teórico-prático, transformador da realidade por meio do direito constitucional e regional/internacional.

3.1 Caracterização

O ICCAL tem como função analítico-ontológica reconhecer a existência de fenômenos oriundos de vários ordenamentos jurídicos que se interconectam através do *constitucionalismo transformador*. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), os demais instrumentos jurídicos interamericanos, as garantias e a abertura normativa ao direito internacional estabelecidas nas constituições nacionais, o diálogo quer entre as jurisprudências nacionais, quer entre as nacionais e as internacionais formam o objeto do ICCAL.[34] Tais intercomunicação e mútua influência advêm tanto do período pós-regimes autoritários, quando surgiram as constituições analisadas, quanto do enfoque acadêmico das investigações comparadas sobre os direitos nacionais e o direito internacional.[35]

O ICCAL não ignora as condições socioeconômicas da região latino-americana no que tange à efetividade dos direitos positivados e das desigualdades, debilidades socioinstitucionais. Por isso, o ICCAL acentua a posição estratégica dos juízes e das cortes na relação entre *law in book* e *law in action*, no sentido da promoção de transformações sociais por meio do direito. Essa abertura comunicativa entre o direito, especificamente o constitucional, e a realidade social foi potencializada

[34] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 140.

[35] BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. A manera de prefacio. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional de constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 19-22.

pela corrente do *neoconstitucionalismo*, incorporada à doutrina e à prática constitucional,[36] principalmente no que se refere ao catálogo de direitos fundamentais. Há, desde essa corrente jurídica, o realce da produção de efeitos jurídicos dos princípios e regras constitucionais.[37] Sendo possível, portanto, construir um sistema interamericano de direitos transnacionais. O foco de análise do ICCAL não são as constituições nacionais individualmente, mas a interação seja entre o direito interno de vários Estados horizontalmente considerados, seja entre o direito interno e o internacional. Cada Estado apresenta maior ou menor interação em relação aos outros, *e.g.*, a Colômbia tem maior interação do que o Chile.[38]

A democracia, os direitos humanos e o Estado de direito são os pontos centrais do ICCAL, sendo abordados de forma transformadora, a fim de propor mudanças nas realidades político-sociais dos Estados latino-americanos. Conceitualmente, ele se refere ao direito positivo, bem como ao discurso jurídico vinculado às normas positivadas, pois existe a concepção de que o direito interno constitucional e os tratados internacionais devem realizar, conjuntamente, as garantias e as promessas dos direitos humanos, formando um *constitutional block*. Isso conduziria a desenvolvimento comum da região sob a mesma orientação[39] jurídico-institucional.

---

[36] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 141.

[37] BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. A manera de prefacio. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional de constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 28-31; 42-44.

[38] BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. Ius Constitutionale Commune en América Latina. A regional Approach to Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 20.

[39] BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. A manera de prefacio. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional de constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 28.

3.2 Peculiaridades

O *ius commune*, em sua perspectiva ideal, tem funções teóricas e fundamento no liberalismo igualitário.[40] Os objetivos e a abordagem do ICCAL estão voltados ao avanço da proteção e do fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos, de democracia e de construção de nova cultura jurídica, aberta a reafirmar as promessas do direito constitucional latino-americano. Assim, combater-se-iam a profunda desigualdade e a violência sistêmica e se consolidariam as frágeis democracias da região circunscrita pelo ICCAL. Essa linha de abordagem resulta de três fatores que marcam a história da redemocratização da região: (1) a crescente importância do sistema interamericano de direitos humanos; (2) a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que proporcionam o diálogo entre direito interno e internacional; (3) o fortalecimento da sociedade civil na reivindicação por direitos e justiça.[41]

O ICCAL é possível devido aos atores – vítimas e organizações da sociedade civil – que lutam pelas pautas de direitos humanos. Isso se tornou viável pelo fato de as constituições latino-americanas possuírem normas de abertura aos tratados de direitos humanos, ao atribuir-lhes posição hierárquica especial, por meio da incorporação automática ao direito interno ou por hermenêutica promovedora dos direitos humanos, ampliando, assim, o bloco de constitucionalidade.[42] O projeto do ICCAL possui metas que visam à transformação jurídica, a fim de alcançar a proteção dos direitos humanos, a potencialização da democracia e a consolidação do Estado de direito. Por conseguinte, a força transformadora na região deve ser impulsionada pela efetividade do diálogo regional-local, segundo um sistema multinível de mútuas aberturas do direito interno ao internacional e do internacional ao interno.[43] A proteção contra a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade torna-se fundamental para pensar a realização conjunta do Estado de direito, dos

[40] UGARTE, Pedro Salazar. The struggle for rights and the ius constitutionale commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67.

[41] PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune en América Latina: context, challenges, and perspectives. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 50; 52.

[42] PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune en América Latina: context, challenges, and perspectives. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 62.

[43] PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune en América Latina: context, challenges, and perspectives. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 65.

direitos humanos e da democracia, mesmo reconhecendo a existência de vários conflitos entre eles.[44]

O ICCAL leva em consideração algumas questões, como o princípio da soberania, o qual permanece importante, mas cuja compreensão é reorientada à luz dos demais princípios fundamentais. As instituições internacionais inclinam-se a fortalecer os princípios constitucionais, pois eles são entendidos como conquistas, reconhecendo somente aos direitos humanos a supremacia das normas internacionais. O ICCAL aposta no pluralismo dialético e busca reconstruir, por meio da colaboração, a interação entre a CIDH e as cortes constitucionais dos Estados a partir da colaboração.[45] Em termos de direito positivo, o ICCAL está ancorado na Convenção Americana de Direitos Humanos, nas garantias constitucionais e na jurisprudência nacional e internacional. A função da academia jurídica empenha-se em conectar essas ordens legais em discursos e análises, reforçando o potencial transformador do direito nos países latino-americanos.[46]

A democracia constitui um dos pilares do ICCAL, pois se entende que sem ela não há garantia do *rule of law*. A proteção deficiente dos direitos humanos tende a enfraquecer o regime democrático e, consequentemente, afeta a perspectiva do ICCAL. Existe também a contradição estrutural das instituições e das realidades sociais dos Estados latino-americanos, constituindo o principal obstáculo para efetivação dos direitos humanos, do *rule of law* e da democracia.[47] Isso requer a formação de uma institucionalidade confiável, tendo como pilares os princípios da democracia e da descentralização do poder. O ICCAL afasta-se da democracia direta e do hiperpresidencialismo, pois ambos contribuem para o enfraquecimento das instituições. Os esforços direcionam-se para afastar o consenso e estabelecer a diversidade por meio da jurisprudência e da defesa do Estado de direito.[48]

---

[44] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 37.

[45] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 44; 47.

[46] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 48.

[47] UGARTE, Pedro Salazar. The struggle for rights and the ius constitutionale commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 68; 70.

[48] BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales;

3.3 Críticas

Importa destacar algumas objeções na literatura em relação ao ICCAL. Primeiramente, ainda que a democracia seja seu pressuposto e objetivo, existe uma tensão implícita entre ela e o constitucionalismo transformador. Isso porque ele envolve um grau de desconfiança com o legislador e, indiretamente, com os eleitores, não apenas na atuação de regulamentação de direitos e políticas públicas, mas também no debate e definição dos fins e objetivos de Estado. Por outro lado, deposita-se grande poder na atividade jurisdicional das Cortes, transferindo a tomada de decisão política para espaços jurídicos de natureza contramajoritária. Esse cenário pode provocar a erosão do sistema democrático na medida em que fortalece discursos autoritários e antissistema.[49]

Do mesmo modo, as instituições empoderadas pelo ICCAL, como as cortes nacionais e internacionais, podem nem sempre estar alinhadas com os postulados de proteção dos direitos humanos e do Estado de direito que o definem. Conforme as mudanças em ciclos políticos, a própria CIDH pode vir a rever entendimentos protetivos já consolidados. Assim, também é levantado que o progresso em nível judicial de direitos fundamentais não necessariamente acarreta efetiva transformação social.[50]

Tais perspectivas críticas corroboram para que o progresso do ICCAL, como perspectiva teórica, mas também como prática constitucional transformadora, se alie a um compromisso com a democracia e com a manutenção de espaços de diálogo e debate constitucional no meio político. Além disso, fortalecendo o diálogo de cortes entre as cortes nacionais com a CIDH, é possível aproximar-se da perspectiva proposta de consolidação dos direitos humanos e do *rule of law*.[51]

PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 31.

49 ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Pereira. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e "engenharia social judicial". *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, out. 2022. p. 2588.

50 ARGUELHES, Diego Werneck. Review of Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, & Flavia Piovesan, eds; Ximena Soley, managing ed., Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune. Oxford University Press, 2017. Pp. 464. ISBN: 9780198795919. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, p. 372-374, 2019. p. 372-374.

51 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019. p. 284.

4 A projeção do *ius constitutionale commune* na América Latina

A reflexão aqui proposta sobre o ICCAL encontra, no mínimo, dois desafios: 1) o próprio contexto sociopolítico-econômico na América Latina;[52] 2) o sistema jurídico com suas formalidades e materialidade. O presente estudo assenta-se no paradigma formal das constituições jurídicas de Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. A projeção metodológica do ICCAL pode ocorrer sem a adoção da teoria monista do direito internacional, que enfraquece a soberania/independência dos Estados, ponto nevrálgico e sustentáculo do direito internacional e nacional. O presente tópico tem como objetivo apresentar um estudo comparado[53] restrito a alguns termos de institutos e direitos constitucionais.

4.1 Comparação constitucional

O ICCAL atribui papel nuclear a juízes e cortes, pois, para a existência de um Estado de direito, é preciso um Poder Judiciário independente, somando-se a isso a perspectiva do *transformative constitutionalism*, impulsionado pela atividade do Judiciário.[54] A comparação constitucional deve ser empregada como método de interpretação[55] no ICCAL, a fim de contribuir na construção um "tipo – se não universal

[52] *Vide* PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. p. 1358-1360.

[53] *Vide* BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 142-143.

[54] BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. Ius Constitutionale Commune en América Latina. A regional Approach to Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 10.

[55] Não só no que se refere aos direitos fundamentais, mas, também, a todas as dimensões constitucionais que possibilitam o emprego do método (HÄBERLE, Peter. *Der kooperative Verfassungsstaat* – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 319; HÄBERLE, Peter. *Verfassungsvergleichung in Europa* und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften. Markus Kotzur und Lothar Michael (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 9).

– regional de constituição".[56] O intérprete constitucional deve levar em consideração a *sociedade aberta* (Häberle).[57] A comparação visa confrontar os objetos comparáveis, aproximá-los, individualizá-los, distingui-los e, por fim, agrupá-los e classificá-los. Destarte, torna-se possível identificar as semelhanças e diferenças entre os objetos comparados. Propõe-se à comparação algumas delimitações para sua potencialização e sua efetivação. Ela deve ser sincrônica, por levar em consideração constituições vigentes na mesma época histórica. De forma prudente, deve se restringir aos termos, às instituições e aos institutos – microcomparação. É necessário delimitar – a extensão – a quantidade de constituições/decisões a serem comparadas.[58] [59]

A quantidade e a escolha das constituições a serem comparadas no que tange ao diálogo constitucional entre as cortes devem ter por base o caso concreto que será objeto de decisão pela(s) corte(s). A comparabilidade deve se assentar em critérios racionais como existência de elementos comuns às instituições, às funções e às normas da(s) constituição(ões) comparadas. É preciso, pois, o *conhecimento* da(s) constituição(ões) estrangeira(s) e da efetividade das normas constitucionais em seu contexto sociocultural para *compreender* o sentido mais próximo possível da realidade constitucional, a fim de realizar a *comparação*.[60]

O primeiro momento metodológico é conhecer o termo a comparar, por meio de uma análise que examine sua função no contexto interno da(s) constituição(ões) e do(s) ordenamento(s) jurídico(s) estrangeiro(s). Isso deve ser feito como se fosse o jurista pertencente à constituição e ao ordenamento comparado. Por consequência, cabe examinar o termo a ser comparado tal como ele é, estudá-lo em suas fontes originárias e autênticas, analisar sua complexidade na efetividade constitucional, levar em consideração a hierarquia das fontes e interpretá-lo conforme o método utilizado na prática judicativa a comparar. Após conhecer o objeto a comparar, impõe-se compreendê-lo. Ao intérprete comparatista é requerido o esforço de conhecer elementos determinantes que atuam sobre o termo comparado. Tais elementos não são de natureza jurídica, mas pertencem ao ambiente político, econômico, cultural e social.[61]

---

[56] HÄBERLE, Peter. *Der kooperative Verfassungsstaat* – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 320.

[57] HÄBERLE, Peter. *Verfassungsvergleichung in Europa*- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften. Markus Kotzur und Lothar Michael (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 211-216.

[58] SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23-27; 34-35.

[59] HÄBERLE, Peter. *Verfassungsvergleichung in Europa*- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften. Markus Kotzur und Lothar Michael (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 132-133.

[60] SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39-40; 42.

[61] SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43-44.

O intérprete comparatista deve identificar as relações semelhantes e discrepantes entre os termos comparados, englobando as relações que exsurgem em todos os planos que envolvem os termos, evitando concluir sem ter analisado a realidade jurídica que os envolve.[62] O diálogo entre as cortes ocorrerá de maneira a considerar as especificidades de cada Estado do ICCAL, sem, contudo, perder o horizonte regional comum a todos de pertencimento a uma região e vinculação a órgãos internacionais comuns como Organização dos Estados Americanos (OEA) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

4.2 Nível de similitude entre termos constitucionais

Nesse ponto, quantifica-se a similitude entre as constituições estudadas, a fim de sedimentar a proximidade institucional e de direitos como caminho para a construção de um ICCAL. Não obstante as diferenças observadas, no que tange ao contexto sócio-histórico no qual tais textos normativos emergiram,[63] percebeu-se que os elementos de convergência existentes são um ponto-chave para a emergência do *ius commune*, o qual tem como impulso as próprias constituições.

O texto constitucional pode ser considerado, em todos os países analisados, norma fundamental para o ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior e sendo utilizado como referencial paradigmático em sendo as demais normas jurídicas passíveis de controle de constitucionalidade. Do caráter central da constituição, afere-se, ainda, que todas as suas normas possuem certo grau de aplicabilidade imediata, podendo ter maior ou menor densidade normativa.[64] Assim, por meio da via jurisdicional, é possível a exigência a seus titulares da prestação dos direitos e da atividade institucional que elas preveem.

Não obstante, leva-se em conta a crítica ao modelo de constitucionalismo transformador aqui analisado, no que diz respeito à ineficácia do mero arrolamento de direitos e garantias fundamentais em constituições para a real mudança social. Em especial, o ponto se mostra relevante na América Latina, e aponta a necessidade de

[62] SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

[63] Destacam-se as constituições do chamado novo constitucionalismo latino-americano, adotadas por Venezuela, Bolívia e Equador, em um movimento que diverge do ICCAL, que se opõe à centralização de poder e ao fenômeno conhecido como *hiperpresidencialismo*, com o qual tais ordens normativas teriam sido complacentes. *Vide* GARGARELLA, Roberto. The "new" Latin American constitutionalism old wine in new skins. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 232-233).

[64] SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 190-192.

instrumentos, judiciais e políticos, para que os direitos fundamentais reconhecidos na região não sejam esvaziados.[65]

Passa-se agora para a construção da métrica das constituições. Na presente análise, foram utilizadas as constituições dos 24 países sul-americanos que se submetem à jurisdição da CIDH.[66] Tal referencial foi adotado, porque o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem na Corte um de seus principais órgãos, constitui importante impulso para o ICCAL, pois já solidifica jurisprudência internacional referente ao combate à exclusão; à proteção do meio ambiente; à independência das instituições democráticas; e à manutenção do Estado de direito. Objetivos claros do ICCAL.

Foram utilizados 16 parâmetros para a construção da métrica, os quais se traduzem em palavras-chave (termos), colocadas como referenciais para comparação entre as constituições. São eles:[67] nações unidas e/ou direitos humanos; cultura; democracia; direitos econômicos; educação; igualdade; executivo; federal; liberdade; direitos fundamentais; *habeas corpus*; judiciário; legislativo; religião; direitos sociais; soberania.[68]

No momento, apresenta-se o grau de semelhança entre as constituições utilizadas, conforme a ocorrência dos parâmetros em seus textos, pois a quantidade de países que adotam cada variável já foi apresentada anteriormente. Supõe-se que outros parâmetros também possam se prestar para averiguar a semelhança entre as instituições e os direitos, porém, nos 16 adotados neste estudo, pode-se extrair, em parte, essa estimativa. Considerando os 24 Estados analisados, observou-se a quantidade de parâmetros verificados em cada uma das constituições. Observa-se, no Gráfico 1, a seguir, uma variação entre 4 a 14 parâmetros em comum entre os Estados. Quanto maior o número de parâmetros, mais elevada a similitude entre as constituições analisadas. Verifica-se que um Estado apresenta quatro parâmetros de semelhança; dois, seis parâmetros; um, oito parâmetros; quatro, nove parâmetros; um, dez parâmetros; três, onze parâmetros; dois, doze parâmetros; seis, treze parâmetros; quatorze, quatro parâmetros.

---

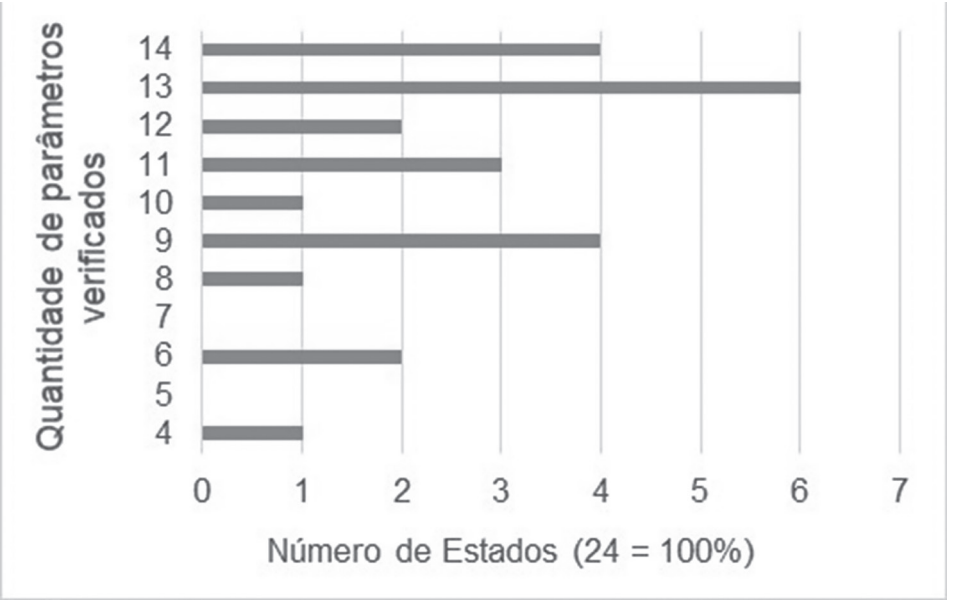
65 ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Pereira. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e "engenharia social judicial". *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, out. 2022. p. 2573-2574.

66 Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela (Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp#:~:text=Em%201969%20foi%20aprovada%20a,%2C%20Haiti%2C%20Honduras%2C%20Jamaica%2C. Acesso em: 20 abr. 2021).

67 Anexo ao presente trabalho, está o elenco dos dispositivos das constituições dos Estados analisados nos quais se verificou a presença de cada parâmetro adotado no estudo.

68 Os parâmetros foram escolhidos por terem os autores trabalhado com eles em outras pesquisas, estando aqui reunidos na análise.

Gráfico 1 – Incidência dos parâmetros nas Constituições



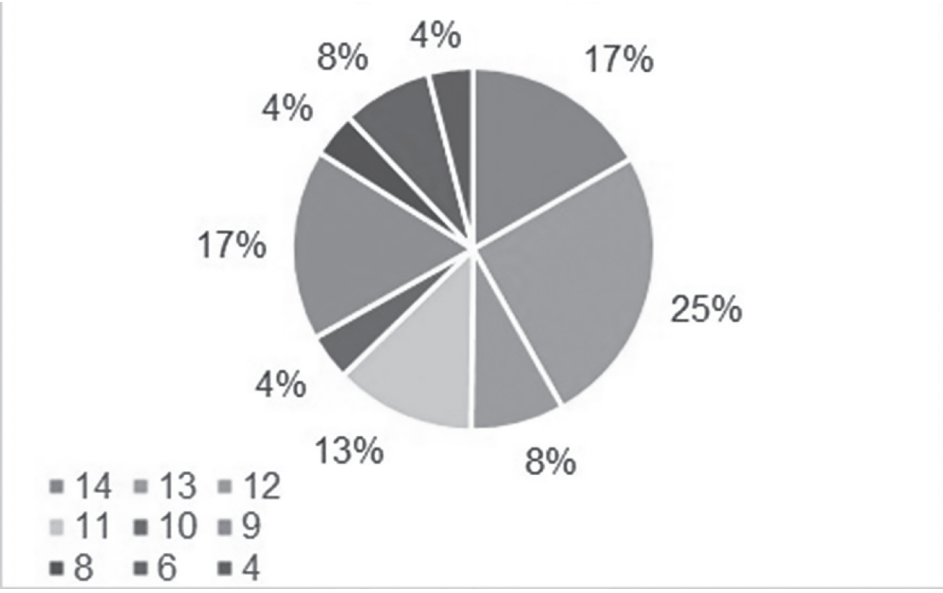
Fonte: Autoria própria.

Pela análise percentual, demonstrada no Gráfico 2, verifica-se que prevalece a intensa semelhança entre as constituições dos países signatários da CIDH. Observa-se que 50% dos países (12 Estados) possuem um grau de semelhança de doze ou mais parâmetros – índice alto considerando que 16 parâmetros foram analisados. Por outro lado, apenas 16% das constituições analisadas (quatro Estados) possuem oito, ou menos, parâmetros em comum.

Os números da comparação demonstram grau moderado a alto entre as semelhanças dos países. Ressalta-se o fato de que certos parâmetros possuem diferentes equivalentes nos textos constitucionais,[69] tendo sido a pesquisa realizada de forma objetiva com as variáveis propostas. Não obstante, trata-se de índices proporcionais, consideráveis de similitude. Isto corrobora a tese de que a convergência constitucional entre os Estados da América Latina é um caminho possível e evidente para a expansão do ICCAL. Esse movimento ocorreria, portanto, sem obstar a soberania dos Estados, tendo em vista que o texto normativo maior dos diversos signatários da CIDH já possui importantes pontos em comum.

[69] Atenta-se para "Judiciário" e "Federal". O primeiro pelo fato de designações como "justiça", "judicial" e "jurisdição" não se incluírem na pesquisa, feita por meio de busca textual objetiva. O segundo, devido ao fato de diversos países não adotarem a Federação como forma de Estado.

Gráfico 2 – Porcentagem de parâmetros em comum (24 = 100%)



Fonte: Autoria própria.

A comparação constitucional consiste em confrontar os termos constitucionais vigentes das constituições supracitadas. Não se analisam os desdobramentos materiais da incidência no mundo dos fatos dos respectivos textos. A comparação textual é uma forma básica e preliminar do estudo de direito comparado. Para se realizar a comparação, encontra-se, por meio do texto constitucional, determinada base de homogeneidade do objeto, em que pese a variedade de suas manifestações. Obviamente, só se pode comparar o que é comparável.[70] Ressalta-se que o âmbito de comparação é textual e restringe-se à existência dos parâmetros jurídicos escolhidos para análise.

4.3 A função das cortes na interação entre as esferas interna e externa do Estado

A atividade das cortes (de caráter constitucional), principalmente, as superiores, é importante para a comunicação entre as esferas interna e externa do

[70] SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 20-21.

Estado, ou seja, entre os Estados e o Estado e a comunidade internacional. É o Poder Judiciário que aplica/efetiva as normas jurídicas, em última instância. Isso indica que as cortes determinam o grau de efetividade das normas internas e das advindas do âmbito internacional. Quanto maiores forem as suas efetividades e mais frequentes forem as suas aplicações, maior será o grau de integração entre os ordenamentos jurídicos estatal e internacional. A função das cortes neste processo dialético é central e estratégica: central por estabelecer e concretizar normas do ordenamento jurídico na realidade interna; estratégica pelo fato de as cortes estabelecerem *como* aplicá-las e efetivá-las.

Ressalta-se que a influência do direito internacional e, principal e essencialmente, a influência de outras cortes nas decisões internas sempre estiveram presente, adquirindo maior intensidade com a globalização, ocorrida nas últimas décadas. No Brasil, a recepção de jurisprudência estrangeira consolida-se, marcadamente, pelo Supremo Tribunal Federal. As cortes constitucionais constituem-se no ápice da estrutura decisória do Poder Judiciário e do estabelecimento da interpretação constitucional que deve vigorar. A recepção de doutrina e da jurisprudência estrangeira ocorre em forma de argumento persuasivo, pois pode ser usada como *ratio decidendi*. A corte emissora tem, em seus precedentes, paradigma decisório pretérito, a fim de sustentar decisões sobre questões constitucionais presentes e futuras. Assim como a legislação constitucional apresenta aberturas ao direito internacional e ao estrangeiro, pela influência de textos normativos de outros Estados no direito brasileiro, as cortes possuem abertura para recepcionar, como *ratio decidendi*, influências estrangeiras e das cortes internacionais.[71]

O cenário contemporâneo globalizante exige respostas das cortes constitucionais condizentes com os novos problemas. Reside nisso, a importância da principiologia constitucional, do processo argumentativo racionalizado e da hermenêutica jurídica na compreensão das normas jurídicas em face das sociedades democráticas. O grau de abstração e a generalidade dos enunciados normativos dos princípios contribuem para a atividade produtiva, interpretativa e aplicativa das regras constantes na constituição. Inclui-se a função que os princípios exercem no ordenamento jurídico, por se sobreporem às regras quando da incidência jurídica conflitante. A eficácia positiva dos princípios possibilita ao Poder Judiciário assegurar a realização do que o texto principiológico se propõe no mundo fenomênico. Sua eficácia negativa veda que se implementem normas e políticas que os contrariem seu desiderato.[72]

[71] MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7-8.
[72] MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16-17.

A atividade comparativista pode se realizar de forma positiva ou negativa, é por meio da comparação que se obtém o diálogo intercultural.[73] A atividade positiva consiste na concordância argumentativa da corte estrangeira, a fim de sustentar, como reforço argumentativo, a decisão. Na negativa, a corte receptora utiliza a decisão da corte emissora, criticando-a, argumentativa e exemplificativamente, com o objetivo de não decidir de forma semelhante, mostrando que os argumentos não se aplicam à realidade local. Em face das formas positiva e negativa, a recepção de jurisprudência estrangeira pode ocorrer sob alguns modelos: (a) resistência; (b) referência; (c) assimilação; (d) incorporação. A resistência caracteriza-se pela repulsa da corte receptora pela jurisprudência de corte emissora ao posicionar-se contra a jurisprudência estrangeira. Ela consiste na repetição de jurisprudência estrangeira, procedendo à sua alusão, sem utilizá-la no julgamento da questão. Na assimilação, ocorre a sintonia entre a corte receptora e a jurisprudência da corte emissora, desenvolvendo tese que se enquadra na jurisprudência estrangeira. A incorporação apresenta a absorção de jurisprudência da Corte emissora por outra, logo a Corte receptora alude e utiliza jurisprudência estrangeira em sua decisão.[74]

A recepção de jurisprudência alienígena encontra legitimidade na fundamentação científica, com o emprego de argumentos racionais por parte da corte receptora,[75] consistindo em importante elemento de integração entre as esferas interna e externa da ordem jurídica. Contudo, tal elemento, que endossa a eficácia das disposições internacionais em um Estado, encontra limitações, pois os princípios da soberania e da prevalência da constituição impedem que jurisprudência estrangeira tenha força normativa ou vincule a corte pátria. Pela similitude textual/termo (antes verificada), as cortes podem manter hígida a soberania e fortalecer a prevalência das normas constitucionais, interpretando-as/aplicando-as, tendo como referência a jurisprudência dos Estados que formam o ICCAL e, também, como referência interpretativa, a jurisprudência da CIDH. A corte receptora tem, ainda, a competência de analisar se as peculiaridades locais e do caso se adaptam-se aos referenciais da jurisprudência estrangeira e/ou internacional, a fim de incorporá-las ou não. Dessa forma, conseguem-se manter peculiaridades a interculturais existentes na região do ICCAL.

[73] KOTZUR, Markus. „Verstehen durch Hinzudenken" und/oder „Ausweitung der Kampfzone"? Vom Wert der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik. *In*: BAER, Susanne *et al*. (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Band. 63. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 361.

[74] MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22-23; 24-26.

[75] MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

5 Conclusão

As bases teórico-práticas do ICCAL encontram-se alinhadas às mudanças ocorridas na América Latina, após a queda dos regimes autoritários e a promulgação de constituições abertas ao direito internacional, principalmente aos direitos humanos, à democracia e ao Estado de direito. Há ainda um pensar e uma prática transformadora do *modus operandi* latino-americano no que se refere ao direito e à política. A influência da OEA e da CIDH na região é determinante para a mudança de postura e de cultura no trato dos direitos humanos/fundamentais, da democracia e do Estado de direito.

Identificou-se elevado grau de semelhança entre os termos pesquisados, no âmbito das constituições dos Estados da região que se colocam sob a jurisdição da CIDH: foi possível determinar que 12 Estados (50%) possuem 12 ou mais parâmetros comparativos de semelhança. Trata-se de um índice alto, considerando-se que foram analisados 16 parâmetros. Destaca-se que 16% das constituições analisadas (quatro Estados) possuem a metade (oito Estados) ou menos parâmetros em comum. Isso possibilita que as Cortes dos Estados dialoguem entre si e empreguem critérios semelhantes em suas decisões, resguardando as peculiaridades locais. A similitude entre as constituições potencializa a influência geral das decisões da CIDH nas decisões das Cortes locais, sendo um dos possíveis pontos iniciais de apoio para o ICCAL desenvolver seus estudos e suas contribuições, no sentido de propor um constitucionalismo transformador na medida em que concretize, progressivamente, as promessas contidas nos textos constitucionais dos Estados latino-americanos.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck. Review of Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, & Flavia Piovesan, eds; Ximena Soley, managing ed., Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune. Oxford University Press, 2017. Pp. 464. ISBN: 9780198795919. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, p. 372-374, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Pereira. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e "engenharia social judicial". *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, out. 2022.

BELOV, Martin. The challenges to Westphalian constitutional geometry in the age of supranational constitutionalism, global governance and information revolution. *In*: BELOV, Martin (Ed.). *Global Constitutionalism and its challenges to Westphalian constitutional law*. Oxford: Hart, 2018. p. 13-52.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune em América Latina. Aclaración conceptual. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto

de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 137-177.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: observations on transformative constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-48.

BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. A manera de prefacio. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional de constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51.

BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena. Ius Constitutionale Commune en América Latina. A regional Approach to Transformative Constitutionalism. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3-23.

CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 101, p. 433-466, 2006.

CASSESE, Antonio. Remarks on scelle's theory of "role splitting" (dedoublement fonctionnet) in international law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 210-231, 1990. Disponível em: http://www.ejil.org/archive.php?issue=71. Acesso em: 1º abr. 2021.

CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia um Ius Commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 55-107.

GARGARELLA, Roberto. The "new" Latin American constitutionalism old wine in new skins. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: conceptualización y tipología de un diálogo interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 323-370.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Der kooperative Verfassungsstaat* – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Verfassungsvergleichung in Europa*- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften. Markus Kotzur und Lothar Michael (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: LTr, 2009.

KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. *In*: GRIMMEL, Andreas (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challegens, Analyses, Solutions. Londres: Routledge, 2019. p. 26-40.

KOTZUR, Markus. „Verstehen durch Hinzudenken" und/oder „Ausweitung der Kampfzone"? Vom Wert der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik. *In*: BAER, Susanne *et al*. (Hrsg.). *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Band. 63. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 355-365.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional*. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 397-411.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune en América Latina: context, challenges, and perspectives. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 109-136.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. El concepto del Ius Commune latianoamericano en derechos humanos: elementos para uma agenda de investigación. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 193-214.

SILVA, José Afonso da. *Um pouco de direito constitucional comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TUSHNET, Mark V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law (December 18, 2008). *Harvard Public Law Working Paper*, n. 9-6, 2008. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1317766. Acesso em: 17 fev. 2021.

UGARTE, Pedro Salazar. The struggle for rights and the ius constitutionale commune. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative*

Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 67-82.

VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional. *RSTPR*, v. 3, n. 6, p. 207-225, 2015.

VORLÄNDER, Hans. *Die Verfassung*. Idee und Geschichte. 3 Aufl. München: C.H.Beck, 2009.

Anexo

Dispositivos das constituições dos Estados analisados nos quais se verificou a presença de cada parâmetro adotado no estudo comparativo.

Nações Unidas e/ou Direitos Humanos

Argentina (1853) Art. 75, 22, 23, 24; Brasil (1988) Art. 5º, §3º, Art. 4º, II; Bolívia (2009) Art. 29, I, Art. 172, 5, Art. 202, 9, Art. 256, Art. 257, Art. 258, Art. 259, Art. 260, Art. 265, Art. 266, Art. 377, I, Art. 410, II, 2; Chile (1980) Art. 5, Art. 32, 8, 15, Art. 54, Vinte e quatro; Colômbia (1991) Art. 9, Art. 35, Art. 44, Art. 53, Art. 93, Art. 96, 2, c, Art. 101, Art. 129, Art. 150, 16, Art. 164, Art. 221, Art. 224, Art. 235, 5, Art. 241, 10; República Dominicana (2015) Art. 26, 3; Equador (2008) Art. 3, 1, Art. 4, Art. 10, Art. 41, Art. 58, Art. 84, Art. 120, 8, Art. 147, 1, 10, Art. 153, Art. 164, Art. 234, Art. 261, 9, Art. 403, Art. 416, 9, 10, 11, 13, Art. 417, Art. 418, Art. 419, Art. 420, Art. 421, Art. 422, Art. 423, Art. 425, Art. 426, Art. 428, Art. 438, 1; Guatemala (1985) Art. 46, Art. 273, Art. 274, Art. 275; Haiti (1987) Preâmbulo, Art. 19; Honduras (1982) Art. 59; México (1817) Preâmbulo, Art. 15, Art. 102, B, Art. 105, II, g, h; Nicarágua (1987) Art. 46, Art. 93; Panamá (1972) Art. 129; Peru (1993) Fourth, Declaration the Democratic Constitution Congress; Uruguai (1966) Art. 6, Art. 46, Art, 85, 7, Art. 168, 20, Art. 239, 1; Venezuela (1999) Art. 19, Art. 22, Art. 23, Art. 31, Art. 37, Art. 73, Art. 78, Art. 98, Art. 103, Art. 153, Art. 154, Art. 155, Art. 187, 18, Art. 236, 4 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Cultura

Argentina (1853) Art. 125; Brasil (1988) Art. 24, Art. 215, Art. 216 A, Art. 221, Art. 227; Bolívia (2009), Art. 2, Art. 10, 1, Art. 14, 2, Art. 51, 3, Art. 104, Art. 105, Art. 108, Art. 280, 1, Art. 289, Art. 298, 2, Art. 300, 1, Art. 302, 1, Art. 304, 2, Art. 306, 5, Art. 337, 1; Chile (1980), Art. 118; Colômbia (1991), Art. 44, Art. 70, Art. 71; Costa Rica (1949) Título 7, Art. 84; Equador (2008) Art. 3, Art. 21, Art. 38, Art. 45, Art. 58, Art. 59, Art. 60, Art. 203, Art. 249, Art. 340, Art. 343, Art. 355, Seção 5, Art. 393, Provisões transitórias 1; El Salvador (1983) Art. 1, Art.

53; Granada (1973) Preâmbulo; Guatemala (1985) Art. 57, Art. 59. Art. 65, Art. 72, Art. 82; Haiti (1987) Preâmbulo, título 6, capítulo 5; Honduras (1982) Art. 1, Art. 151, Art. 160, Art. 174, Art. 176; México (1917) Art. 2A, Art. 3, Art. 4, Art. 6, Art. 73; Nicarágua (1987) Art. 4, Art. 5, Art. 58, Art. 90, Art. 9, Art. 99, Art. 117, Art. 126; Panamá (1972) Art. 80, Art. 81, Art. 86, Art. 87, Art. 94, Art. 103; Peru (1993), Art. 2, Art. 18, Art. 195; Republica Dominicana (2015) Art. 63, Art. 64, Art. 75; Suriname (1987) Art. 37, Art. 38; Uruguai (1966), Provisões transitória e especial E; Venezuela (1999), Art. 99, Art. 100, Art. 101, Art. 184 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Democracia

Bolívia (2009) Art. 11, Art. 26, II, Art. 51, II, Art. 309; Chile (1980), Art. 19; Costa Rica (1949) Preâmbulo; Colômbia (1991) Art. 222, Art. 262; El Salvador (1983) Preâmbulo, Art. 85; Equador (2008) Art. 27, Art. 95, Art. 96, Art. 100, Art. 158; Haiti (1987) Preâmbulo; Honduras (1982) Preâmbulo, Art. 5, Art. 15, Art. 151; México (1917): Art. 3; Art. 25; Art. 41; Nicarágua (1987) Art. 4, Art. 5, Art. 7, Art. 42, Art. 99; Panamá (1972) Preâmbulo; Republica Dominicana (2015) Art. 75, Art. 203; Uruguai (1966) Artigo 77; Suriname(1987) Preâmbulo, Art. 52, Art. 53, Art. 159.; Venezuela (1999) Art. 95, Art. 158, Art. 274, Art. 325 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Direitos econômicos

Bolívia (2009) Parte 1 Título 2 Capítulo 5; Equador (2008) Título 6 Capítulo 6 Seção 5 Art. 335; Paraguai (1992) Parte 1 Título 2 Capítulo 9 Seção 1; Panamá (1972) Art. 17; Peru (1993) Título 1 Capítulo 2; Venezuela (1999) Capítulo 4 Geral 40 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Educação

Argentina (1853) Art. 5, Art. 41, Art. 42, Art. 75, Art. 125; Barbados (1966) Art. 13, Art. 19; Brasil (1988) Art. 6, Art. 7, Art. 22, Art. 23, Art. 24, Art. 30, Art. 34, Art. 167, Art. 201, Art. 205, Art. 206, Art. 208, Art. 209, Art. 210, Art. 211, Art. 212, Art. 213, Art. 214, Art. 218, Art. 225, Art. 227, ADCT Art. 60, Art. 71, Art. 79, Art. 105, Art. 110; Bolívia (2009) Preâmbulo, Art. 9, Art. 14, 2, Art. 17, Art. 30, 2, Art. 51, 3, Art. 64, Art. 70, Capítulo 6, Art. 77, 1, Art. 78, Art. 79, Art. 80, 1, Art. 81, 1, Art. 82, 1, Art. 85, Art. 86, Art. 88, 2, Art. 89, Art. 90, 3, Art. 91, 1, Art. 95, 1, Art. 108, Art. 118, 3, Art. 144, 1, Art. 207, Art. 302, 1, Art. 304, 3, Art. 306, Art. 321, Art. 341, Art. 402, Art. 407; Chile (1980) Art. 9, Art. 19, Art. 30, Art. 48, Art. 50, Art. 58, Art. 60, Disposições transitórias 21; Colômbia (1991) Art.

45, Art. 48, Art. 52, Art. 64, Art. 67, Art. 68, Art. 69, Art. 70, Art. 79, Art. 189, Art. 300, Art. 356, Art. 357, Art. 361; Costa Rica (1949) Art. 77, Art. 88, Art. 81, Art. 83, Art. 84, Art. 85, Art. 86, Art. 88, Art. 111, Art. 121, disposições transitórias: 3, 1; Dominica (1978) Art. 3, Art. 9; El Salvador (1983) Art. 35, Art. 36, Art. 38, Art. 53, Art. 55, Art. 55, Art. 56, Art. 61, Art. 126, Art. 201; Equador (2008) Art. 3, Art. 26, Art. 27, Art. 28, Art. 29, Art. 32, Art. 38, Art. 39, Art. 43, Art. 45, Art. 46, Art. 47, Art. 48, Art. 51, Art. 55, Art. 57, Art. 66, Art. 162, Art. 165, Art. 203, Art. 234, Art. 161, Art. 164, Art. 86, Art. 298, Art. 326, Art. 340, Art. 343, Art. 344, Art. 345, Art. 346, Art. 347, Art. 348, Art. 350, Art. 353, Art. 354, Art. 356, Art. 357, Art. 382, Disposições transitórias 1, 18, 19, 20; Granada (1973) Art. 31, Art. 9; Guatemala (1985) Art. 20, Art. 37, Art. 51, Art. 71, Art. 72, Art. 73, Art. 74, Art. 76, Art. 79, Art. 85, Art. 86, Art. 89, Art. 91; Haiti (1987) Preâmbulo, Art. 221, Art. 32, Art. 33, Art. 168, Art. 179, Art. 208, Art. 211, Art. 221, Art. 256; Honduras (1982) Art. 121, Art. 123, Art. 124, Art. 125, Art. 128, Art. 151, Art. 152, Art. 153, Art. 157, Art. 158, Art. 159, Art. 160, Art. 167, Art. 169, Art. 170, Art. 171, Art. 176, Art. 245, Art. 274, Art. 345; Jamaica (1963) Art. 17; México (1917) Art. 2 B, Art. 3, Art. 18, Art. 27, Art. 28, Art. 31, Art. 41, Art. 73, Art. 122, Art. Art. 123, Art. 134, Artigos transitórios 12; Nicarágua (1987) Art. 58, Art. 65, Art. 76, Art. 93, Art. 101, Art. 105, Art. 116, Art. 117, Art. 118, Art. 119, Art. 121, Art. 122, Art. 124, Art. 125; Panamá (1972) Art. 28, Art. 45, Art. 49, Art. 56, Art. 75, Art. 86, Art. 89, Art. 91, Art. 94, Art. 95, Art. 97, Art. 100, Art. 101, Art. 103, Art. 106, Art. 108, Art. 156; Paraguai (1992) Art. 58; Art. 61; Art. 66; Art. 7-; Art. 71; Art. 73; Art. 74; Art. 75; Art. 76; Art. 78; Art. 83; Art. 84; Art. 85; Art. 113; Art. 115 Art. 164; Art. 168; Peru (1993) Art. 6; Art. 13; Art. 14; Art. 15; Art. 16; Art. 17; Art. 18; Art. 23; República Dominicana (2015) Art. 63, Art. 65, Art. 75, Art. 138, Art. 150, Art. 218; Suriname (1987) Art. 8, Art. 24, Art. 37, Art. 38, Art. 39; Uruguai (1966) Art. 41; Art. 68; Art. 70, Art. 71, Art. 85, Art. 202, Art. 251, Art. 274, Provisões transitória e especial N; Venezuela (1999) Preâmbulo, Art. 3, Art. 41, Art. 59, Art. 81, Art. Art. 86, Art. 102, Art. 103, Art. 104, Art. 107, Art. 108, Art. 111, Art. 121, Art. 156, Art. 184, Art. 274, Art. 311, Provisões temporárias 6 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Igualdade

Argentina (1853) Art. 16, Art. 37, Art. 75; Brasil (1988) Preâmbulo, Art. 4, Art. 5, Art. 43, Art. 206, Art. 227; Bolívia (2009) Preâmbulo, Art. 8, Art. 55, Art. 63, Art. 82, Art. 98, Art. 180, Art. 232, Art. 255, Art. 306, Art. 311, Art. 323, Art. 330; Chile (1980) Art. 18, Art. 19; Colômbia (1991) Preâmbulo, Art. 13, Art. 42, Art. 53, Art. 70, Art. 75, Art. 107, Art. 126, Art. 180, Art. 209, Art. 227, Art. 267, Art. 272, Art.

289; Costa Rica (1949) Art. 52; Equador (2008) Art. 11, Art. 23, Art. 26, Art. 57, Art. 65, Art. 66, Art. 67, Art. 69, Art. 78, Art. 83, Art. 95; Art. 116; Art. 156; Art. 157; Art. 170; Art. 210; Art. 217; Art. 330; Art. 340; Art. 341; Art. 348, Art. 351, Art. 356, Art. 416, Provisões transitórias 6; El Salvador (1983) Art. 32; Guatemala (1985) Preâmbulo, Art. 4, Art. 50, Art. 102; Haiti (1987) Preâmbulo, Art. 4, Art. 32; Honduras (1982) Art. 61, Art. 112; Jamaica (1962) Art. 13; México (1917) Art. 3, Art. 6, Art. 41, Art. 115; Nicarágua (1987) Preâmbulo, Art. 6, Art. 48, Art. 73, Art. 75, Art. 131, Art. 166; Panamá (1972) Art. 57, Art. 141, Art. 233; Paraguai (1992) Preâmbulo, Art. 46, Art. 47, Art. 48, Art. 103; Art. 115, Art. 143, Art. 145, Art. 181, Art. 2, Art. 74; Peru (1993) Art. 2, Art. 75; República Dominicana (2015) Preâmbulo, Art. 26, Art. 39, Art. 58, Art. 69, Art. 62, Art. 138, Art. 176, Art. 216, Art. 217, Art. 221, Art. 243, Art. 273; Suriname (1987) Preâmbulo, Art. 7, Art. 84; Venezuela (1999) Preâmbulo, Art. 12, Art. 2, Art. 21, Art. 75, Art. 77, Art. 81, Art. 88, Art. 100, Art. 103, Art. 152, Art. 293, Art. 326 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Executivo

Argentina (1853) Art. 21, Art. 29, aa 71, Art. 72, Art. 75, Art. 76, Art. 77, Art. 78, Art. 80, Art. 81, Art. 83, Art. 87, Art. 88, Art. 99, Art. 100; Barbados (1966) Art. 32, Art. 63; Bolívia (2009) Art. 12, 1, Art. 93, Art. 139, Art. 158, Art. 159, Art. 161, Art. 160, Art. 162, Art. 163, Art. 165, aa 174, Art. 213; Art. 231; Art. 243; Art. 272; Art. 277; Art. 277; Art. 279; Art. 281; Art. 283; Art. 285, 1; Art. 186, 1; Art. 297; Art. 204; Art. 321, 2; Art. 323; Art. 326; Art. 328; Art. 340; Art. 410; provisões transitórias 7, 8, 9; Brasil (1988) Art. 2, Art. 31, Art. 36, Art. 37, Art. 39, Art. 40, Art. 49, Art. 50, Art. 53, Art. 55, Art. 57, Art. 58, Art. 60, Art. 71, Art. 74, Art. 76, Art. 94, Art. 99, Art. 102, Art. 103, Art. 103 B, Art. 127, Art. 128, Art. 130, Art. 131, Art. 139, Art. 140, Art. 144, Art. 153, Art. 165, Art. 166, Art. 167, Art. 177, Art. 223, ADCT Art. 12, Art. 13, Art. 14, Art. 25, Art. 26, Art. 33, Art. 39, Art. 41, Art. 54, Art. 63, Art. 71, Art. 74, Art. 75, Art. 79, Art. 81, Art. 85, Art. 97, Art. 104, Art. 107, Art. 10;. Chile (1980) Art. 9, Art. 19, Art. 30, Art. 48, Art. 50, Art. 58, Art. 60, Disposições transitórias 21; Colômbia (1991) Art. 112, Art. 113, Art. 115, Art. 135, Art. 147, Art. 180, Art. 184, Art. 195, Art. 202, Art. 208, Art. 266, Art. 272, Art. 292, Art. 305, Art. 323, Art. 354, Art. 373, Provisões transitórias Art. 2, Art. 20, Art. 51, capítulo 8; Costa Rica (1949) Art. 9, Art. 85, Art. 105, Art. 118, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 123, Art. 124, Art. 125, Art. 126, Art. 127, Art. 130, Art. 140, Art. 141, Art. 146, Art. 147, Art. 169, Art. 170, Art. 177, Art. 188, Art. 179, Art. 180, Art. 181, Art. 195, Art. 196; Dominica (1978) Art. 58, Art. 118; Equador Art. 65, Art. 113, Art. 120, Art. 141, Art. 147, Art. 153, Art. 155, Art. 156, Art. 157, Art. 174, Art. 179, Art. 202, Art. 219, Art. 225, Art. 229, Art.

240, Art. 265, Art. 273, Art. 290, Art. 294, Art. 295, Art. 296, Art. 301, Art. 303, Art. 305, Art. 351, Art. 353, Art. 355, Art. 434, Provisões transitórias 20, 27, 30, Sistema transitório, Art. 25; El Salvador (1983) Art. 29, Art. 68, Art. 86, Art. 131, aa 134, Art. 147, Art. 148, Art. 150, Art. 164, Art. 167, Art. 169, Art. 174, Art. 182, Art. 195, Art. 197, Art. 200, Art. 212, Art. 213, Art. 217, Art. 226, Art. 229, Art. 232, Art. 250; Granada (1973) Art. 57; Guatemala (1985) Art. 100 Art. 102, Art. 122, Art. 124, Art. 134, Art. 141, Art. 158, Art. 160, Art. 164, Art. 171, Art. 177, Art. 178, Art. 19, Art. 181, Art. 182, Art. 183, Art. 191, Art. 193, Art. 223, Art. 237, Art. 240, Art. 241, Art. 257, Art. 264, Art. 272, Art. 11, Art. 19, Art. 26; Haiti (1987) Art. 59, Art. 85, Art. 87, Art. 95, Art. 97, Art. 98, Art. 101, Art. 103, Art. 106, Art. 111, Art. 119, Art. 132, Art. 133, Art. 148, Art. 149, Art. 153, Art. 172, Art. 190bis, Art. 190ter, Art. 192, Art. 231, Art. 232, Art. 266, Art. 178, Art. 282, Art. 289, Art. 295; Honduras (1982) Art. 4, Art. 5, Art. 16, Art. 17, Art. 20, Art. 21, Art. 42, Art. 149, Art. 150, Art. 157, Art. 160, Art. 189, Art. 190, Art. 199, Art. 205, Art. 208, Art. 211, Art. 215, Art. 216, Art. 217, Art. 218, Art. 232, Art. 234, Art. 235, Art. 240, Art. 242, Art. 243, Art. 245, Art. 248, Art. 261, Art. 265, Art. 269, Art. 290, Art. 318, Art. 355, Art. 365, Art. 371; Jamaica (1962) Art. 13, Art. 19, Art. 32, Art. 59, Art. 68; México (1917) Art. 3, Art. 6, Art. 27, Art. 28, Art. 35, Art. 37C, Art. 41, Art. 19, Art. 55, Art. 73, Art. 75, Art. 76, Art. 78, Art. 79, Art. 81, Art. 83, Art. 84, Art. 85, Art. 87, Art. 89, Art. 90, Art. 102A, Art. 105, Art. 107, Art. 109, Art. 110, Art. 116, Art. 117, Art. 122. Nicarágua (1987) Art. 7, Art. 95, Art. 129, Art. 138, Art. 141, Art. 144, Art. 150, Art. 177, Art. 181. Panamá (1972) Art. 2, Art. 13, Art. 41, Art. 55, Art. 68, Art. 73, Art. 142, Art. 143, Art. 144, Art. 149, Art. 159, Art. 161, Art. 163, Art. 166, Art. 168, Art. 169, Art. 170, Art. 171, Art. 172, Art. 175, Art. 200, Art. 203, Art. 214, Art. 233, Art. 234, Art. 249, Art. 52, Art. 255, Art. 267, Art. 269, Art. 270, Art. 272, Art. 274, Art. 275, Art. 280, Art. 282, Art. 299, Art. 312, Art. 313, Art. 314, Art. 317, Art. 319, Art. 325, Art. 327; Paraguai (1992) Art. 3; Art. 161; Art. 165; Art. 175; Art. 184; Art. 195; Art. 198; Art. 202; Art. 203; Art. 204; Art. 205; Art. 207; Art. 208; Art. 209; Art. 210; Art. 211; Art. 212; Art. 213; Art. 216; Art. 217; Art. 225; Art. 226; Art. 235; Art. 236; Art. 238; Art. 239; Art. 240; Art. 243 ; Art. 259; Art. 262; Art. 264; Art. 269; Art. 276; Art. 283; Art. 286; Art. 287; Art. 288; Art. 18. Peru (1993) Art. 9; Art. 37; Art. 71; Art. 74; Art. 79; Art. 80; aa 81; Art. 82; Art. 86; Art. 87; Art. 102; Art. 104; Art. 105; Art. 118; Art. 135; Art. 139; Art. 145; Art. 160; Art. 162; Art. 172; Art. 178; Art. 191; Art. 194; Provisões finais e transitórias 13; República Dominicana (2015) Art. 4, Art. 24, Art. 89, Art. 93, Art. 99, Art. 100, Art. 101, aa 102, Art. 103, Art. 115, Art. 1222, Art. 124, Art. 129, Art. 141, Art. 166, Art. 198, Art. 201, Art. 232, Art. 233, Art. 234, Art. 241, Art. 242, Art. 247, Art. 246, Art. 250, Art. 251, Art. 258, Art. 263, Art. 266, Art. 269, Art. 270, Art. 11; Suriname

(1987) Art. 54, Art. 74, Art. 99, Art. 119, Art. 174. Uruguai (1966) Art. 49; Art. 63; Art. 77; Art. 79; Art. 85; Art. 86; Art. 91; Art. 104; Art. 108; Art. 117; Art. 129; Art. 132; Art. 133; Art. 145; Art. 136; Art. 137; Art. 138; Art. 139; Art. 140; Art. 141; Art. 143; Art. 144; Art. 145; Art. 148; Art. 169; Art. 168; Art. 173; Art. 173; Art. 175; Art. 18`; Art. 182; Art. 186; Art. 187; Art. 193; Art. 197; Art. 198; Art. 2111; Art. 213; Art. 214; Art. 220; Art. 221; Art. 227; Art. 230; Art. 231; Art. 239; Art. 274; Art. 298; Art. 300; Art. 313; Art. 314; aa 317; Art. 321; Art. 328; Art. 331. Venezuela (1999) Art. 41; Art. 119; Art. 136; Art. 154; Art. 156; Art. 164; Art. 185; Art. 187; Art. 189; Art. 204; Art. 211; Art. 217; Art. 225; Art. 226; Art. 232; Art. 233; Art. 234; Art. 236; Art. 238; Art. 239; Art. 240; Art. 241; Art. 242; Art. 243; Art. 246; Art. 252; Art. 266; Art. 267; Art. 311; Art. 313; Art. 315; Art. 317; Art. 320 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Federal

Argentina (1853) Art. 1, Art. 2, Art. 3, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 25, Art. 27, Art. 32, Art. 34, Art. 75, Art. 99, Art. 121, Art. 122, Art. 124, Art. 126, Art. 127, Art. 128, Provisões transitórias 4; Brasil (1988) Art. 1, Art. 12, Art. 13, Art. 14, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Art. 21, Art. 22, Art. 23, Art. 24, Art. Art. 27, Art. 30, Art. 32, Art. 33, Art. 34, Art. 35, Art. 36, Art. 38, Art. 29, Art. 40, Art. 42, Art. 43, Art. 45, Art. 46, Art. 48, Art. 49, Art. 50, Art. 41, Art. 52, Art. 53, Art. 55, Art. 56, Art. 57, Art. 58, Art. 60, Art. 61, Art. 63, Art. 64, Art. 68, Art. 71, Art. 73, Art. 74, Art. 75, Art. 76, Art. 80, Art. 86, Art. 84, Art. 85, Art. 87, Art. 89, Art. 90, Art. 91, Art. 92, Art. 106, Art. 107, Art. 108, Art. 109, Art. 110, Art. 111, Art. 119, Art. 120, Art. 121, Art. 123, Art. 128, Art. 130, Art. 132, Art. 134, Art. 138, Art. 144, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 149, Art. 150, Art. 151, Art. 152, Art. 153, Art. 155, Art. 157, Art. 158, Art. 159, Art. 160, Art. 162, Art. 163, Art. 164, Art. 165, Art. 166, Art. 167, Art. 169, Art. 177, Art. 179, Art. 180, Art. 182, Art. 184, Art. 195, Art. 198, Art. 202, Art. 206, Art. 211, Art. 212, Art. 216, Art. 217, Art. 218, Art. 219, Art. 220, Art. 225, 235, Art. 236, Art. 241, Art. 242, Art. 249, ADCT Art. 1, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 9, Art. 11, Art. 13, Art. 14, Art. 15, Art. 16, Art. 19, Art. 23, Art. 24, Art. 26, Art. 27, Art. 28, Art. 29, Art. 34, Art. 35, Art. 38, Art. 40, Art. 49, Art. 51, Art. 60, Art. 64, Art. 71, Art. 75, Art. 76, Art. 77, Art. 79, Art. 82, Art. 83, Art. 86, Art. 87, Art. 88, Art. 89, Art. 91, Art. 94, Art. 97, Art. 98, Art. 100, Art. 101, Art. 102, Art. 103, Art. 104, Art. 105, Art. 107, Art. 109, Art. 110, Art. 114; El Salvador (183) Art. 89, Art. 90, Art. 93; México (1917) Art. 2, Art. 3, Art. 6, Art. 10, Art. 16, Art. 17, Art. 18, Art. 21, Art. 23, Art. 26 A, Art. 27, Art. 28, Art. 31, Art. 35, Art. 36, Art. 37C, Art. 40, Art. 41, Art. Art. 43, Art. 44, Art. 48, Art. 55, Art. 56, Art. 62, Art. 73, Art. 74, Art. 75, Art. 76, Art. 79, Art. 82, Art. 83, Art. 89,

Art. 93, Art. 94, Art. 95, Art. 99, Art. 100, Art. 101, Art. 102, Art. 103, Art. 104, Art. 105, Art. 107, Art. 108, Art. 109, Art. 110, Art. 111, Art. 115, Art. 116, Art. 119, Art. 120, Art. 122, Art. 123, Art. 124, Art. 125, Art. 127, Art. 129, Art. 131, Art. 132, Artigos Transitórios Art. 1, Art. 2, Art. 6, Art. 7, Art. 17; Venezuela (1999) Preâmbulo, Art. 4, Art. 13, Art. 16, Art. 17, Art. 125, Art. 156, Art. 171, Art. 172, Art. 185, Art. 186, Art. 239, Provisões temporárias 1 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Liberdade

Argentina (1853) Art. 1, Art. 2, Art. 3, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 25, Art. 27, Art. 32, Art. 34, Art. 75, Art. 99, Art. 121, Art. 122, Art. 124, Art. 126, Art. 127, Art. 128, Provisões transitórias ; Brasil (1988) Art. 1, Art. 12, Art. 13, Art. 14, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Art. 21, Art. 22, Art. 23, Art. 24, Art. Art. 27, Art. 30, Art. 32, Art. 33, Art. 34, Art. 35, Art. 36, Art. 38, Art. 29, Art. 40, Art. 42, Art. 43, Art. 45, Art. 46, Art. 48, Art. 49, Art. 50, Art. 41, Art. 52, Art. 53, Art. 55, Art. 56, Art. 57, Art. 58, Art. 60, Art. 61, Art. 63, Art. 64, Art. 68, Art. 71, Art. 73, Art. 74, Art. 75, Art. 76, Art. 80, Art. 86, Art. 84, Art. 85, Art. 87, Art. 89, Art. 90, Art. 91, Art. 92, Art. 106, Art. 107, Art. 108, Art. 109, Art. 110, Art. 111, Art. 119, Art. 120, Art. 121, Art. 123, Art. 128, Art. 130, Art. 132, Art. 134, Art. 138, Art. 144, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 149, Art. 150, Art. 151, Art. 152, Art. 153, Art. 155, Art. 157, Art. 158, Art. 159, Art. 160, Art. 162, Art. 163, Art. 164, Art. 165, Art. 166, Art. 167, Art. 169, Art. 177, Art. 179, Art. 180, Art. 182, Art. 184, Art. 195, Art. 198, Art. 202, Art. 206, Art. 211, Art. 212, Art. 216, Art. 217, Art. 218, Art. 219, Art. 220, Art. 225, Art. 235, Art. 236, Art. 241, Art. 242, Art. 249, ADCT Art. 1, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 9, Art. 11, Art. 13, Art. 14, Art. 15, Art. 16, Art. 19, Art. 23, Art. 24, Art. 26, Art. 27, Art. 28, Art. 29, Art. 34, Art. 35, Art. 38, Art. 40, Art. 49, Art. 51, Art. 60, Art. 64, Art. 71, Art. 75, Art. 76, Art. 77, Art. 79, Art. 82, Art. 83, Art. 86, Art. 87, Art. 88, Art. 89, Art. 91, Art. 94, Art. 97, Art. 98, Art. 100, Art. 101, Art. 102, Art. 103, Art. 104, Art. 105, Art. 107, Art. 109, Art. 110, Art. 114; El Salvador (183) Art. 89, Art. 90, Art. 93; México (1917) Art. 2, Art. 3, Art. 6, Art. 10, Art. 16, Art. 17, Art. 18, Art. 21, Art. 23, Art. 26 A, Art. 27, Art. 28, Art. 31, Art. 35, Art. 36, Art. 37 C, Art. 40, Art. 41, Art. Art. 43, Art. 44, Art. 48, Art. 55, Art. 56, Art. 62, Art. 73, Art. 74, Art. 75, Art. 76, Art. 79, Art. 82, Art. 83, Art. 89, Art. 93, Art. 94, Art. 95, Art. 99, Art. 100, Art. 101, Art. 102ª, Art. 103, Art. 104, Art. 105, Art. 107, Art. 108, Art. 109, Art. 110, Art. 111, Art. 115, Art. 116, Art. 119, Art. 120, Art. 122, Art. 123, Art. 124, Art. 125, Art. 127, Art. 129, Art. 131, Art. 132, Artigos Transitórios Art. 1, Art. 2, Art. 6, Art. 7, Art. 17. Venezuela (1999) Preâmbulo; Art. 4; Art. 13; Art. 16; Art. 17; Art. 125; Art. 156; Art. 171; Art. 172;

Art. 185; Art. 186; Art. 239; provisões temporárias 1 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Direitos fundamentais

Barbados (1966) Capítulo 3, Art. 87; Brasil (1988) Art. 5; Bolívia (2009) Art. 137; Chile (1980) Art. 93; Colômbia (1991) Art. 23, Art. 152, Art. 250, Art. 277, Art. 334; Dominica (1978) Art. 1, Art. 105, Art. 106, Art. 111; El Salvador (1983) Art. 6, Art. 146; Granada (1973) Preâmbulo, Art. 14, Art. 103; Guatemala (1985) Art. 275; Haiti (1987) Art. 190; Jamaica (1962) Art. 13; México (1917) Art. 20, Art. 103, Artigos transitórios: Art. 16; Nicarágua (1987) Art. 80; Panamá (1972) Art. 17, Art. 129; Peru (1993) Título 1 capítulo 1, Art. 32, Art. 137, Art. 139, Art. 149, Art. 162; Paraguai (1992) Art. 63; Republica Dominicana (2015) Art. 7, Art. 26, Art. 38, Art. 39, Art. 56, Art. 63, Art. 68, Art. 72, Art. 74, Art. 75, Art. 112, Art. 169, Art. 184, Art. 191; Suriname (187) Preâmbulo (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Habeas corpus

Argentina (1853) Art. 43; Brasil (1988) Art. 5, Art. 102, Art. 105, Art. 108, Art. 109, Art. 114, Art. 121, Art. 142; Colômbia (1991) Art. 30, Art. 282; Costa Rica (1949) Art. 48; El Salvador (1983) Art. 11, Art. 174, Art. 247; Equador (2008) Art. 89, Art. 215, Art. 436; Honduras (1982) Art. 182, Art. 313, Art. 316; Panamá (1972) Art. 23. Paraguai (1992) Art. 133; Art. 259; Art. 288; Peru (1993) Art. 200; República Dominicana (2015) Art. 71, Art. 72, Art. 266; Venezuela (1999) Art. 281, Art. 202 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Judiciário

Argentina (1853) Art. 114, capítulo 2, provisões transitórias 4; Brasil (1988) Art. 2, Art. 5, Art. 21, Art. 22, Art. 48, Art. 62, Art. 68, Art. 74, Art. 85, Art. 92, Art. 99, Art. 100, Art. 102, Art. 103A, Art. 103B, Art. 136, Art. 166, Art. 168, Art. 217, Art. 236, ADCT Art. 25, Art. 27, Art. 63, Art. 76, Art. 97; Chile (1980) Art. 19, Art. 32, Art. 64, Art. 76, Art. 78, Art. 80, Art. 87, Provisões temporárias 9; Colômbia (1991) Art. 133, Art. 201, Art. 228, Art. 238, Art. 257; El Salvador (1983) Art. 131; Equador (2008) Art. 51, Art. 55, Art. 64, Art. 76, Art. 88, Art. 120, Art. 131, Art. 170, Art. 172, Art. 174, Art. 176, Art. 178, Art. 183, Art. 186, Art. 187, Art. 189, Art. 199, Art. 200, Art. 208, Art. 220, Art. 237, Art. 436, provisões temporárias 1, 7, 9, sistema de transição Art. 20, Art. 22, Art. 24, Art. 27; Honduras (1982) Art. 313, Art. 317, Art. 329; Jamaica (1962) Art. 103; México (1917) Art. 49, Art. 94, Art. 100, Art. 116; Panamá (1972) Art. 22; Peru (1993) Art. 70; República Dominicana

(2015) Art. 150; Suriname (1987) seção 2; Uruguai (1966) Art. 235, Art. 236, Art. 239, Art. 242, Art. 251; Venezuela (1999) Art. 267 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Legislativo

Argentina (1853) Art. 46, Art. 47, Art. 76, Art. 85, Art. 99, Art. 100, Art. 129, provisões transicionais 4; Bolívia (2009) Art. 11, Art. 12, 1, Art. 13, Art. 30, Art. 92, Art. 93, Art. 138, Art. 139, 1, Art. 140, Art. 142, Art. 15, Art. 149, Art. 150, Art. 151, Art. 153, Art. 155, Art. 158, Art. 161, Art. 162; Art. 153; Art. 170; Art. 172; Art. 173; Art. 174; Art. 175; Art. 176'; Art. 194; Art. 202; 206, 3, Art. 214, Art. 217, 2, Art. 220, Art. 223, Art. 224, Art. 227, 1, Art. 230, 3, Art. 242, Art. 243, Art. 239, 1, Art. 260, Art. 262, Art. 271, 2, Art. 272, Art. 277, Art. 283, Art. 293, Art. 295, Art. 297, Art. 304, Art. 321, Art. 322, Art. 323, Art. 329; Art. 332; Art. 363; Art. 411; provisões transitórias 1, 2, 5, 7, 81; Brasil (1988) Art. 2, Art. 17, Art. 24, Art. 27, Art. 28, Art. 29, Art. 32, Art. 36, Art. 37, Art. 39, Art. 44, Art. 48, Art. 51, Art. 55, Art. 56, Art. 57, Art. 58, Art. 59, Art. 60, Art. 62, Art. 64, Art. 71, Art. 84, Art. 102, Art. 103-B, Art. 138, Art. 139, Art. 166, Art. 167, Art. 235, ADCT Art. 8, Art. 11, Art. 16, Art. 18; Art. 25; Art. 35, Art. 41, Art. 107, Art. 109, Art. 113, Art. 114; Colômbia (1991) Art. 23, Art. 48, Art. 76, Art. 103, Art. 107, Art. 109, Art. 114, Art. 114, Art. 134, Art. 138, Art. 142, Art. 149, Art. 151, Art. 153, Art. 154, Art. 155, Art. 158, Art. 159, Art. 160, Art. 162, Art. 163, Art. 164, Art. 165; Art. 178A; Art. 183; Art. 18; Art. 208; Art. 212; Art. 213; Art. 214; Art. 215, Art. 241; Art. 256, Art. 257; Art. 266; Art. 310; Art. 334, Art. 347, Art. 356, Art. 361, Art. 275, Art. 379, provisões transitórias Art. 60, Art. 62, Art. 64; Costa Rica (1949) Art. 7, Art. 9, Art. 14, Art. 85, Art. 88, Art. 96, Art. 97, Art. 100, Art. 102, Art. 105, Art. 112, Art. 116, Art. 118, Art. 120, Art. 121, Art. 123, Art. 124, Art. 126, Art. 128, Art. 135, Art. 137, Art. 139, Art. 140, Art. 145, Art. 147, Art. 149, Art. 151, aa 154, Art. 157, Art. 158, Art. 164, Art. 167, Art. 168, Art. 174, Art. 177, Art. 178, Art. 180, Art. 181, Art. 183, Art. 184, Art. 187, Art. 189, Art. 190, Art. 195, Art. 196, provisões transitórias 1. Dominica (1978) Art. 49; El Salvador (1983) Art. 24, Art. 28, Art. 29, Art. 31, Art. 80, Art. 86, Art. 92, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 131, Art. 132, Art. 38, Art. 139, Art. 148, Art. 152, Art. 158, Art. 164, Art. 163, Art. 167, Art. 168, Art. 173, Art. 174, Art. 182, Art. 186, Art. 187, Art. 187, Art. 192, Art. 95, Art. 196, Art. 199, Art. 204, Art. 20, Art. 227, Art. 228, Art. 232, Art. 233, Art. 236, Art. 238, Art. 243, Art. 248, Art. 261, Art. 262, Art. 268, Art. 269, Art. 271, Art. 273; Equador (2008) Art. 57, Art. 103, Art. 117, Art. 118, Art. 122; Art. 124; Art. 130; Art. 134; Art. 147; Art. 148; Art. 205; Art. 219; Art. 222; Art. 225; Art. 434; transições provisória 1; 2; 3; 16; sistema transitório 25; 29. Granada (1973) Art. 45 Guatemala (1985) Art. 141, Art. 157,

Art. 168, Art. 170, Art. 176, Art. 179, Art. 183, Art. 256, Art. 1; Haiti (1987) Art. 59, Art. 88, Art. 89, Art. 94, Art. 95, Art. 127, Art. 129, Art. 190, aa 204, Art. 228, Art. 231, Art. 282, Art. 298; Honduras (1982) Art. 4, Art. 5, Art. 189, Art. 205, Art. 208, Art. 209, Art. 210, Art. 211, Art. 206, Art. 245, Art. 267, Art. 365, Art. 366, Art. 373. Jamaica (1962) Art. 19 México (1917) Art. 2B, Art. 28, Art. 6, Art. 35, Art. 41, Art. 49, Art. 50, Art. 63, Art. 73, Art. 75, Art. 105, Art. 102A, Art. 116, Art. 122. Nicarágua (1987) Art. 7, Art. 129, Art. 132, Art. 138, Art. 140, Art. 141, Art. 181, Art. 195. Panamá (1972) Art. 2, Art. 55, Art. 129, Art. 142, Art. 144, Art. 146, Art. 149, aa 152, Art. 159, Art. 161, Art. 184, Art. 200, Art. 203, Art. 275, Art. 282, Art. 299, Art. 305, Art. 314, Art. 317, Art. 318, Art. 319, Art. 320, Art. 323, Art. 325, Art. 327, Peru (1993) Art. 2, Art. 31, Art. 56, Art. 74, Art. 80, Art. 81, Art. 104, Art. 123, Art. 125, Art. 126, Art. 159, Art. 200, disposições finais e transitórias 15; Paraguai (1992) Art. 3, Art. 121; Art. 182; Art. 210; Art. 217, Art. 239, Art. 243, Art. 259, Parte 2, Art. 16, Art. 17, Art. 20, República Dominicana (2015) Art. 4, Art. 22, Art. 76, Art. 86, Art. 88, Art. 89, Art. 91, Art. 93, Art. 94, Art. 97, Art. 98, Art. 100, Art. 115, Art. 119, Art. 185, Art. 209, Art. 232, Art. 234, Art. 274; Suriname (1987) Art. 70, Art. 12, Art. 169, 2; Uruguai (1966) Art. 77, Art. 79, Art. 83, Art. 91, Art. 108, Art. 116, Art. 117, Art. 119, Art. 12, Art. 122, Art. 124; Art. 168; Art. 177; Art. 185; Art. 207; Art. 211, Art. 213, Art. 214, Art. 215, Art. 220, Art. 229, Art. 238, Art. 273, Art. 285, Art. 301, Art. 297; Art. 329, Art. 331; provisões especiais e transitórias D; Venezuela (1999) Art. 24, Art. 30, Art. 70, Art. 71, Art. 136, Art. 16, Art. 162, Art. 166, Art. 172, Art. 175, Art. 199, Art. 204, Art. 205, Art. 106, Art. 208, Art. 210, Art. 211, Art. 219, Art. 281, Art. 343, provisões transitórias 4, 7 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Religião

Argentina (1853) Art. 14, Art. 20; Barbados (1966) Art. 19; Brasil (1988) Art. 150; Bolívia (2009) Art. 4, Art. 21, Art. 104; Colômbia (1991) Art. 13, Art. 19; Costa Rica (1949) Art. 75; Dominica (1978) Art. 9, Art. 32; Equador (2008) Preâmbulo, Art. 11, Art. 66; Granada (1973) Art. 9; Guatemala (1985) Art. 35, Art. 186, Art. 197, Art. 207; Haiti (1987) Art. 20; Jamaica (1962) Art. 13, Art. 17; México (1917) Art. 1, Art. 3, Art. 24, Art. 29, Art. 55, Art. 82, Art. 130; Nicarágua (1987) Art. 14, Art. 27, Art. 39, Art. 124; Panamá (1972) Art. 19, Art. 25, Art. 94, Art. 107, Art. 139, Art. 300; Paraguai (1992) Art. 24; Art. 88; Art. 235; Peru (1993) Art. 2; Art. 37; República Dominicana (2015) Art. 45; Suriname (1987) Art. 18, Art. 28; Uruguai (1966) Art. 5; Venezuela (1999) Art. 59 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Direitos sociais

Brasil (1988) Título 2, Art. 6, Art. 85; Bolívia (2009) Art. 49, 2, Art. 51, 6; Colômbia (1991) Art. 215; Costa Rica (1949) Art. 19, título 5; El Salvador (2008) capítulo 2, Art. 89; Guatemala (1985) capítulo 2, Art. 102; Haiti (1987) Art. 54; Nicarágua (1987) capítulo 3; República Dominicana (2015) Art. 61 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Soberania

Argentina (1853) Art. 33, Art. 37, provisões transitórias 1; Brasil (1988) Art. 1, Art. 5, Art. 14, Art. 17, Art. 91, Art. 170, Art. 231; Bolívia (2009) Preâmbulo, Art. 7, Art. 10, Art. 108, Art. 244, Art. 255, 1, Art. 267, 2, Art. 309, Art. 312, 1, Art. 346, Art. 360, Art. 366, Art. 373, 1, Art. 376, Art. 377, 1, Art. 405, Art. 407; Colômbia (1991) Art. 9; Art. 103; Art. 212; Art. 217; Art. 126; Art. 365; Costa Rica (1949) Art. 2, Art. 3, Art. 6; EL Salvador (1983) Art. 83, Art. 84, Art. 146, Art. 168, Art. 212. Equador (2008) Art. 3, Art. 13, Art. 15, Art. 96, Art. 147, Art. 158, Art. 259, Art. 276, Art. 281; Art. 284, Art. 304, Art. 318, Art. 334, Art. 385, Art. 400, Art. 410, Art. 413, Art. 423, provisões transitórias 1; Guatemala (1985) Art. 141, Art. 142, Art. 244; Haiti (1987) Preâmbulo, Art. 31, Art. 58, Art. 59; Honduras (1982) Art. 2, Art. 5, Art. 12, Art. 19, Art. 63, Art. 245, Art. 272, Art. 329, Art. 375; México (1917) Art. 2 A, Art. 25, Art. 28, Art. 39, Art. 41, Art. 103. Nicarágua (1987) Art. 1, Art. 2, Art. 5, Art. 10, Art. 92, Art. 100; Panamá (1972) Art. 257; Paraguai (1992) Preâmbulo, Art. 23; Art. 30; Art. 155; Peru (1993) Art. 3, Art. 44, Art. 54, Art. 56, Art. 102, Art. 118, Art. 165. República Dominicana (2015) Art. 2, Art. 3, Art. 7; Suriname (1987), Preâmbulo, Art. 1, Art. 4, Art. 7, Art., Art. 54, Art. 130, Art. 177 (Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en. Acesso em: 28 abr. 2021).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LENARDÃO, Lourenço Kantorski; MASSAÚ, Guilherme Camargo. O ius constitutionale commune e as constituições da América Latina. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 185-220, jul./dez. 2023.

Submissão: 30.11.2021
Pareceres: 27.01.2022 e 02.02.2022
Aceite: 26.05.2023

QUANDO PUNIR O AGRESSOR NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE: UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE SE RETRABALHAR AS RESPOSTAS PENAIS E EXTRAPENAIS À VIOLÊNCIA DE GÊNERO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

WHEN PUNISHING THE AGGRESSOR IS NOT ENOUGH: AN ANALYSIS OF THE NEED TO REWORK CRIMINAL AND EXTRA-PENAL RESPONSES TO GENDER VIOLENCE BASED ON THE FEDERAL CONSTITUTION

Edson Vieira da Silva Filho

Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Porto Alegre – RS. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa), Rio de Janeiro – RJ. Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba – PR. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), Belo Horizonte – MG. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Gestor do Núcleo de Atividades Complementares da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre – MG. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre – MG. Instituição afiliada: Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre – MG. *E-mail*: edsonfdsm@gmail.com.

Larissa Faria de Souza

Mestra em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre – MG. Especialista em Direito Constitucional e Bacharel em Direito pela (FDSM), Pouso Alegre – MG. Pesquisadora. Advogada. Instituição afiliada: Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre – MG. *E-mail*: larissa_faria_souza@hotmail.com. *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/4337975092851450.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo geral discutir acerca da atuação penal do Estado ante a violência doméstica e de gênero. Para tanto, partindo de fundamentos teóricos nascidos da dialética

materialista histórica marxiana, como condição de possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil, demonstrar-se-á como a marginalização feminina corrobora a violência e como os movimentos feministas têm envidado esforços à resposta estatal para tal. Seguindo por uma análise da legislação penal referente ao tema, pretende-se buscar um maior grau de eficiência a partir de um retrabalho acerca das medidas extrapenais como um caminho constitucional à transformação social. Diante de tal análise, que se insere no campo teórico, foi adotada a metodologia da pesquisa bibliográfica. Como resultados, o artigo propõe que a elaboração de diplomas legais, per si, não é suficiente a provocar significativas transformações sociais, sendo, portanto, necessário um esforço do Estado, através de políticas públicas de gênero, e medidas extrapenais, para erradicar a violência de gênero e a promoção dos direitos das mulheres.

Palavras-chave: Violência de gênero. Construção ideológica da mulher. Direito penal simbólico. Medidas extrapenais.

Abstract: The general objective of this article is to discuss the penal action of the State against domestic and gender violence. For this, based on theoretical foundations born from Marxian historical materialist dialectics, as a condition for the possibility of drawing the role of women in Brazil, it will be demonstrated how the marginalization of women corroborates violence and how the feminist movements have made efforts to respond to the state. Following an analysis of the criminal legislation referring to the theme, we intend to seek a greater degree of efficiency from a reworking of the extra-penal measures as a constitutional path to social transformation. In the face of such analysis, which falls within the theoretical field, the methodology of bibliographic research was adopted. As results, the article proposes that the elaboration of legal diplomas, per se, is not enough to provoke significant social transformations, being, therefore, necessary an effort of the State, through public gender policies, and extrapenal measures, to eradicate gender violence and the promotion of women's rights.

Keywords: Gender violence. Ideological construction of women. Symbolic penal law. Extra-penal measures.

Sumário: Introdução – **1** A dialética materialista histórica marxiana como condição de possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil contemporâneo – **2** A resposta penal reativa: por que punir? A lei penal para conter violações – **3** As medidas extrapenais: um caminho constitucional para a transformação social – Conclusão – Referências

Summary: Introduction – **1** Marxian Historical Materialist Dialectics as a condition of possibility for the design of the role of women in Contemporary Brazil – **2** The reactive penal response: why punish? The penal law to contain violations – **3** Extrapenal measures: a constitutional path to social transformation – Conclusion – References

Introdução

Apesar de pouco convencional, optou-se pela elaboração de uma base metodológica sobre a qual serão erguidas as hipóteses que motivam o debate do tema de extrema relevância, especialmente no Brasil, país onde a modernidade (ainda) tarda e onde se busca a consolidação de uma identidade social que reflita a vontade geral, que se manifesta expressamente na Constituição jovem e que tenta se firmar como um projeto civilizatório focado em resgatar promessas modernas que por vezes se apresentam tão próximas e paradoxalmente parecem perdidas no nosso cotidiano.

Assim, passa-se a determinar os fundamentos teóricos nascidos da dialética materialista histórica marxiana como condição de possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil contemporâneo e dos compromissos de um Estado que se anuncia explicitamente como plural, tolerante, includente e promotor da igualdade e liberdade social.

Considerando a construção do papel social feminino e o descontentamento com a imposição deste a partir da reprodução de valores patriarcais como geradores de uma revolta coletiva – que passa a ser conhecida como "libertação das mulheres" e mais tarde evoluiria e se transformaria no movimento feminista –,[1] partimos à análise do feminismo, como teoria e prática, que desempenha um papel importante nas lutas e conquistas das mulheres, e por meio do qual se revelaram bases materiais e simbólicas da opressão feminina, constituindo importância fundamental ao direcionamento de lutas e movimentos, desencadeando debates públicos de questões tidas como tabus, como a sexualidade, direitos reprodutivos, participação política e violência.[2]

Uma vez que assuntos relacionados aos direitos das mulheres e às desigualdades de gênero nas agendas políticas estão impulsionando a aprovação de novas leis e também o desenvolvimento de políticas públicas, proporcionando uma transformação institucional do Estado e de diferentes legislações,[3] pelo presente lançamos uma crítica ante a atuação do Estado no combate à violência de gênero.

À medida que algumas temáticas passam a ser discutidas pela sociedade, fazendo com que o combate à problemática se torne um clamor popular, mostra-se necessária a discussão quanto à geração de políticas criminais de caráter emergencial para a satisfação das massas.[4] Desta feita, em muito tem se questionado a função simbólica do direito penal, sobretudo quando esta não se mostra suficiente para a efetivação da proteção dos bens jurídicos, uma vez que estaríamos diante de uma segurança ilusória, um falso sentimento de confiança, de modo que as violações às normas são frequentes e, sob uma perspectiva prática, são ineficazes.[5]

Não se pretende negar a necessidade de atuação do Estado ante a violência de gênero, pelo contrário, ela se mostra necessária, sobretudo, quando as formas

---

1 HOOKS, Bell. *Teoria feminista*: da margem ao centro. Tradução de Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019. p. 2.

2 GONZALES, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano.* Organização de Flavia Rios e Marcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

3 BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. *Gênero, neoconservadorismo e democracia*: disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020.

4 RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; BARROS, Flaviane de Magalhães. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, v. 11, n. 14, 2013.

5 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

de pensamento, de linguagem e as instituições refletem a estrutura dicotômica de masculino-feminino, de modo que as qualidades atribuídas aos sexos se tornam instrumentos simbólicos das relações de poder.[6] A grande questão está na (in) suficiência da lei penal, uma vez que o abuso ligado ao gênero se dá, sobretudo, em razão dos papéis sociais construídos por uma sociedade patriarcal.

Partindo dessas compreensões, o presente artigo tem por objetivo geral analisar as leis de proteção contra a violência doméstica e de gênero, em específico a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha; a Lei nº 13.104/15, que trata do feminicídio e sua classificação como crime hediondo; e a mais recente, a Lei nº 14.188/2021, que cria o tipo penal da violência psicológica contra a mulher, bem como discute a atuação do Estado em caráter emergencial e como a cultura do punitivismo, por si só, não é suficiente para alterações estruturais que sejam capazes de acabar com a problemática da violência de gênero.

A discussão, portanto, se dá acerca da conduta do Estado em não atuar de fato nas questões sociais que são o cerne da violência de gênero, atuando simbolicamente com viés punitivista, ou seja, não previne nem busca transformar a realidade, apenas pune o agressor. Desse modo, primeiramente será abordada a construção ideológica da mulher a partir do materialismo histórico marxiano como possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil; na sequência, será feita uma análise crítica da resposta penal reativa e simbólica como meio de conter violações; por fim, na terceira parte do artigo, serão abordadas medidas extrapenais como um caminho constitucional à transformação social.

Para tanto, partindo da vertente marxista do feminismo[7] para a compreensão da formação do papel social da mulher, este artigo fará uma análise dedutiva acerca da atuação do Estado ante a violência de gênero, utilizando-se de uma metodologia bibliográfica apoiada na perspectiva do direito penal simbólico apresentada por Alessandro Baratta. A despeito de que se conclui que a elaboração de diplomas legais, per si, não é suficiente a provocar significativas transformações sociais, sendo, portanto, necessário um esforço do Estado, através de políticas públicas de gênero, e medidas extrapenais, para a irradiação da violência de gênero e a promoção dos direitos das mulheres.

6 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

7 O feminismo possui diversas vertentes teórico-políticas. Situaremos nossa análise no campo do feminismo marxista, portanto, ancorado em uma perspectiva materialista, histórica e dialética, tendo como horizonte estratégico para a sua ação política a luta pela emancipação humana (WATERS, Mary Alice. *Marxismo y feminismo*. 2. ed. Barcelona: Fontamara, 1979).

1 A dialética materialista histórica marxiana como condição de possibilidade do desenho do papel da mulher no Brasil contemporâneo

O pensamento marxiano pressupõe a autocriação do homem no processo de transformação da natureza pelo trabalho. A existência humana está atrelada à transformação da natureza, de modo que sem isto a reprodução da sociedade não seria possível. A vida social é determinada por fatores que não são apenas biológicos, como a luta de classes, os sentimentos humanos, ou mesmo as produções artísticas. Assim, o homem é um ser social que, por meio do trabalho, constrói materialmente a sociedade ao mesmo tempo em que lança bases à sua própria construção como indivíduo, de tal forma o processo histórico de construção do indivíduo e da sociedade tem na base material o seu alicerce.[8]

> A figura do processo social de vida, isto é, do processo material de produção, só se livra de seu místico véu de névoa quando, como produto de homens livremente socializados, encontra-se sob seu controle consciente e planejado. Para isso, requer-se uma base material da sociedade ou uma série de condições materiais de existência que, por sua vez, são elas próprias o produto natural-espontâneo de uma longa e excruciante história de desenvolvimento.[9]

A partir da base material a estrutura se molda, reproduzindo-a, reproduzindo seus valores, para tal, partindo de um processo de escolhas. A metáfora do machado pode explicar com clareza esse processo. O homem tem a necessidade de quebrar um coco; existem inúmeras possibilidades de fazê-lo, mas ao projetar em sua consciência tais possibilidades ele percebe que construir uma ferramenta que o auxilie é o caminho mais simples, então o homem transforma a natureza construindo algo novo. Com madeira e uma lasca de pedra ele consegue abrir facilmente aquele alimento. Então, o machado, que sequer tem aquele nome, transforma a realidade.[10] A compreensão do machado se dá, assim, a partir de seu papel na produção de riquezas, ou seja, na base material. É dela que se desdobram os valores laborados na superestrutura, de ordem ideológica.

---

8 MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011.

9 MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 309.

10 LESSA, Sergio; TONET, Ivo. *Introdução à filosofia de Marx*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

O ser humano forma a base material, em sua existência concreta e histórica, a partir de escolhas acerca do que se produz, como se produz e como se reproduz. Se apresentadas estratégias distintas e suficientemente relevantes a que sirva remodelar a base com eficiência, a estrutura passa a reproduzir tais valores. Assim, temos uma reprodução de valores que nascem, como se desenha na metáfora acima, da sociabilidade que se dá na base material.[11]

Dos conflitos da base temos tensões e, em uma relação dialética, respostas superestruturais, o que permite que a base evolua ou se mantenha, naquilo que Althusser chama de guerra de posições.[12] Se novos ideais surgem e ganham força a ponto de causar revoluções, a superestrutura, ao perceber a base fragilizada, reage. A síntese é que a base procura manter-se por meio da repressão e da alienação até que em dados momentos as transformações se imponham de tal maneira que os conflitos da base, insustentáveis, venham a transformar as relações de produção e os papéis dela provenientes, consequentemente, os valores sociais e as instituições.

A ideia de superestrutura, para Althusser, representa-se como um edifício que comporta uma base. Os andares superiores não se manteriam sem a fundação, sem alicerces.[13] A superestrutura forma-se de estratégias dos grupos dominantes para a consolidação e perpetuação de seu domínio, para tanto, utilizando de estratégias que demandam ora uso da força ora da ideologia.[14]

> As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes; isto é, a classe, que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. Ideias dominantes nada mais são que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação.[15]

A partir dessa perspectiva de reprodução, é possível entender por que alguns valores se mantiveram por tanto tempo, valores que, por exemplo, mantiveram

[11] ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

[12] ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

[13] ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

[14] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã (Feuerbach)*. 11. ed. Tradução de José Carlos Brunni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec, 1999.

[15] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã (Feuerbach)*. 11. ed. Tradução de José Carlos Brunni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 72.

mulheres às margens sociais, retratos de um papel social excludente a elas atrelado. Segundo Engels,[16] à medida que as riquezas dos grupos familiares aumentavam, dava-se ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família, uma vez que a ele coube procurar o alimento e consequentemente a propriedade dos instrumentos utilizados para tal. Segundo o teórico, essa foi uma das mais profundas revoluções que a humanidade já conheceu, o acúmulo de riquezas possibilitou a abolição e um direito materno em detrimento de um direito paterno, patriarcal.[17]

Assim, historicamente, delineou-se um modelo de família no qual às mulheres destinaram-se obrigações de reprodução, adstritas à manutenção do lar e à criação dos filhos. Sua participação pública limitava-se a cultos religiosos, estando, para os demais atos, subordinadas à figura masculina, dos pais e maridos, o que hoje chamamos de trabalho reprodutivo. Trabalho realizado quase que essencialmente por mulheres, não remunerado, essencial à manutenção das relações econômicas e que passou a ser imposto às mulheres como um atributo natural da psique e da personalidade femininas, uma necessidade interna, uma aspiração, supostamente vinda das profundezas da nossa natureza feminina.[18]

Pensando a Antiguidade clássica, observamos retratos de um papel social excludente atrelado à mulher. A realidade sociopolítica e cultural dessa sociedade mostrava-se estratificada e hierarquizada, na qual os papéis sociais do indivíduo estavam determinados por regras e tradições que lhe atribuíam *status* e determinavam sua participação na vida pública.[19] As proposições de Aristóteles nos remetem a um contexto de vida pública restrita aos indivíduos considerados cidadãos, de modo que mulheres, escravos, crianças etc. não fossem dignos de tal participação.

Às mulheres era destinado o papel de reprodutoras, adstritas a um papel social tido como de menor valor. Assim, se fizermos uma analogia às bases materiais de Marx, podemos vislumbrar que os valores que estruturaram aquela sociedade já apontavam um papel social inferiorizado às mulheres.

Se a premissa fundamental do poder monárquico era Deus, considerando o fato de que também a religião atribuía à mulher papel de submissão, podemos concluir que a estrutura patriarcal se manteve quando da Idade Média. Jean Bodin, que frequentemente remetia Aristóteles em seus dizeres, no capítulo 5 do sexto livro da *República*, afirma:

---

16 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Porto Alegre: Bestbolso, 2014.

17 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Porto Alegre: Bestbolso, 2014.

18 FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução*: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante, 2019.

19 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

> A Monarquia deve ser destinada unicamente aos machos, dado que a Ginecocracia é diretamente contra as leis da natureza, que deu aos homens a força, as armas, o comando e a tirou das mulheres: e a lei de Deus ordena eloquentemente que a mulher seja submissa ao homem, não somente quanto ao governo dos reinos e impérios, mas também quanto à família de cada um em particular.[20]

Mesmo com o despertar da classe burguesa, ideias liberais da modernidade em si não foram suficientes para a transformação social do papel feminino. Sob o ponto de vista das mulheres, é possível notar que, mesmo na era da razão, uma série de fenômenos reproduziu valores de exclusão e de submissão feminina. A esse respeito, Silvia Federici menciona o desenvolvimento de uma nova divisão sexual do trabalho e a construção de uma nova ordem patriarcal, que promovia a exclusão e subordinação feminina, a transformação da mulher em mera reprodutora de novos trabalhadores.[21]

Essa divisão biológica dos seres humanos em masculino e feminino baseou-se sobretudo em diferenças anatômicas, fomentando um determinismo biológico que sustentou a ordem androcêntrica do mundo e forneceu fundamento para a diferenciação entre homens e mulheres nos mais diversos âmbitos da existência humana.[22] Amparada por um discurso científico, naturalizou-se a polarização já observada, corroborando a construção de um pensamento no qual as diferenças sexuais são fruto de fenômenos sociais e culturais do indivíduo, de forma que no século XIX discursos científicos revigoram crenças filosóficas e religiosas de inferioridade da mulher.[23]

O cientificismo, atrelado às bases materiais históricas, produziu uma hierarquia entre os polos homem/mulher, condicionando superioridade às características masculinas. Essa hierarquização, que Bourdieu chama androcentrismo – o que chamamos patriarcado na teoria crítica feminista contemporânea –, incorpora os critérios biológicos ao viés político, social, econômico, perpetuando a manutenção de uma ordem que reservou aos homens espaços públicos, trabalho remunerado,

[20] BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: livro sexto. São Paulo: Ícone, 2017. p. 198.

[21] FEDERICI, Silvia. *O calibã e a bruxa*: mulheres, corpos e acumulação primitiva. Tradução de Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

[22] BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

[23] BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

participação política, enquanto que, às mulheres, a vida doméstica e o cuidado familiar.[24]

A institucionalização do sistema de dominação do patriarcado nos permite compreender a maneira com que a dominação masculina e o sexismo eram expressos, vitimizando, explorando, oprimindo mulheres.[25] Esse sexismo, para bell hooks,[26] possui raízes sociais tão fortes que construiu um papel social observado nas mais diversas organizações, inclusive a artística.

A literatura, a música, a moda, e mesmo o cinema propiciaram a manutenção de um estigma de submissão, não apenas por seu conteúdo, mas também na forma em que operam. Personagens femininas são constantemente estereotipadas, servem de âncora aos personagens masculinos, hipersexualizadas.[27] Virgínia Woolf, na obra *Um teto todo seu*, menciona que o reconhecimento da competência feminina nas artes era sempre algo a ser perseguido.[28]

Traçada tal compreensão acerca do papel social feminino, é preciso mencionar que a construção ideológica da mulher brasileira não difere da global. Por outro lado, podemos falar em um *plus* ideológico em razão da condição de colonizadas em que estas mulheres se veem inseridas.

Falamos de uma submissão ainda mais forte se pensarmos que, além da questão de gênero, mulheres brasileiras são vítimas da dominação racial, da colonialidade do poder, da indiferença global e da estratificação social intensa,[29] quando falamos de mulheres colonizadas, não brancas, cujo caráter racial também lhes imprime opressões.[30]

Se traçarmos uma linha do tempo do feminismo no Brasil, as conquistas atribuídas ao movimento acompanham as chamadas ondas feministas, momentos da história em que o movimento propicia uma onda de avanços na libertação das mulheres, cada qual com suas particularidades e demandas distintas, uma divisão

[24] BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

[25] HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo*: políticas arrebatadoras. Tradução de Ana Luiza Libânio. 3. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

[26] Acerca do nome de bell hooks empregado em letra minúscula: prática originária da própria autora à medida que criou esse nome em homenagem à sua avó, empregando-o em letra minúscula como posicionamento político no intuito de romper convenções linguísticas e acadêmicas, priorizando seu trabalho e não a sua pessoa.

[27] RUZZI, Mariana; BRAGA, Ana Paula. 10 provas que existe machismo no cinema. *Instituto Idea*. Disponível em: http://institutodea.com/artigo/10-provas-das-existencia-do-machismo-no-cinema/. Acesso em: 12 jan. 2022.

[28] WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. Tradução de Bia Nunes de Sousa, Glauco Mattoso. 1. ed. São Paulo: Tordesilhas, 2014.

[29] HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista hoje*: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

[30] HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista hoje*: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

para fins didáticos, não unânime, sobretudo quando se analisam movimentos paralelos específicos.[31]

Em que pese tais conquistas, o tabu com relação à violência não se viu superado, reflexo da objetificação feminina como propriedade do homem. Perante a sociedade, a mulher adquiriu espaços, mas no ambiente doméstico a realidade é outra. As ramificações do patriarcado mantêm mulheres à mercê de seus companheiros.[32] Assim, influenciado pelos movimentos feministas, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu algumas alterações legislativas no sentido de reconhecer a violência doméstica como um problema do Estado.[33] Como exemplo, o art. 226, §8º da Constituição da República de 1988, que assegura a assistência familiar e possibilita a criação de mecanismos que coíbam a violência doméstica; a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que trata da temática da violência doméstica; a Lei nº 13.104/15, que trata do feminicídio e sua classificação como crime hediondo; e a mais recente, a Lei nº 14.188/2021, que cria o tipo penal da violência psicológica contra a mulher.

Desta forma, considerando a construção histórica do papel social que, como visto, está ligada à reprodução de valores patriarcais que ocasionaram a marginalização das mulheres, iniciamos uma discussão acerca dos mecanismos legais contra a violência de gênero, avaliando quão suficientes seriam, uma vez que falamos de uma superestrutura patriarcal, cuja base remonta a valores que têm carregado estigmas de submissão feminina. Assim, passa-se a analisar a lei penal como meio de contenção da violência e opressão contra a mulher.

2 A resposta penal reativa: por que punir? A lei penal para conter violações

Os estudos ligados à violência de gênero têm como principal fundamento as reinvindicações do movimento feminista. São questões que envolvem, muito além da academia, também a esfera pública, a saúde e o Judiciário. Tais reivindicações eclodem de fato nas décadas de 60 e 70, mas é a partir de 1980 que no Brasil

[31] FRANCHINI, B. S. O que são as ondas do feminismo? *Revista QG Feminista*, 2017. Disponível em: https://medium.com/qg-feminista/o-que-s%C3%A3o-as-ondas-do-feminismoeeed092dae3a. Acesso em: 1º ago. 2021.

[32] SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666. Acesso em: 25 ago. 2021.

[33] SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666. Acesso em: 25 ago. 2021.

abre-se espaço a uma nova área de estudos e ações práticas, com uma abordagem política singular, que leva à criação de serviços públicos especializados e à criação de leis voltadas à temática.[34]

Conforme salienta Lourdes Maria Bandeira, a qualificação e a análise da problemática da violência contra a mulher despontam a partir da desconstrução da ideia de que a inferioridade da mulher era inerente à sua natureza, assim, a concepção acerca dos sexos começa a ser tratada fora do âmbito biológico, afastando a ideia de que a violência contra a mulher está essencialmente ligada à construção da masculinidade.[35]

Mas se o ambiente público reflete a base material patriarcal, o ambiente privado é que dita essa relação. A sociedade espelha aquilo que compõe a estrutura familiar, e a estrutura familiar se molda a partir da sociedade, seus costumes e pensamentos. Assim, falamos em um ciclo em que a mulher esteve sempre às margens e sob a guarda da figura masculina – do pai, do marido e do filho –, uma relação estrutural que, como já salientado, remete aos primórdios da humanidade, enquanto que essa forma coletiva de pensamento feminista remonta a menos de um século.[36]

A análise da violência associa-se ao controle social e ao papel do Estado como órgão central de controle e detentor do monopólio legítimo de contenção social, retomando mais uma vez à modernidade e ao conceito médio que se liga a tal período, no qual aquilo que se espera do gênero repercute em todos, suprimindo a individualidade de cada um.[37]

A modernidade se apresenta como corretiva; a partir de uma tentativa de se transformar o mau em bom, estamos diante de um modelo dual. Mas o que é mau e o que é bom aos olhos da modernidade? Esse é o ponto de toque.[38] Se a sociedade se estruturou sob um pensar que hierarquizou os sexos, se por todo esse período evolutivo se fortificou a ideia de que ao homem se atribuía o dever de conter, de corrigir, de manter a mulher sob suas ordens, a ideia de bom e mau, necessariamente, refletiria tal ideal, assim, sob a perspectiva de gênero, a boa mulher seria aquela que se submete ao homem e vive uma vida cujo prazer é

[34] BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero, a construção de um campo teórico e de investigação. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista brasileiro* – Formação e contexto. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

[35] BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero, a construção de um campo teórico e de investigação. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista brasileiro* – Formação e contexto. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

[36] PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

[37] SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al*. *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo* – O direito penal visto em uma perspectiva minimalista. Curitiba: CRV, 2012. v. 1.

[38] BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

satisfazê-lo.[39] Aquelas que não se adequassem a essa visão estariam interferindo na dinâmica social, portanto, más, e mereciam ser punidas. Ocorre que, se no meio público o Estado é quem pune o infrator, no ambiente privado, no ambiente doméstico, é o marido quem o faz, sobretudo quando se torna uma vergonha para aquele homem externar aos demais que sua mulher não cumpre suas regras.[40]

Assim, temos uma ideia de abusador e abusado, cujo abusador não se identifica como tal, assim como o abusado não se vê nessa posição. Se ao longo dos tempos ao homem foi concedido o poder de conter sua mulher, de reprimi-la e puni-la quando necessário, para ele, e para a maioria das pessoas, apenas cumpre seu papel. Da mesma forma, mulheres se viram doutrinadas a ser uma boa esposa, cozinhar, cuidar da casa, dos filhos, dar prazer ao seu marido, acatar suas decisões, respeitá-lo, caso contrário, não poderiam ser consideradas boas mulheres e, portanto, mereciam ser punidas.

> Quanto mais pancadas o homem leva no trabalho, mais bem treinada deve estar sua esposa para absorvê-las e mais autorizado estará o homem a recuperar seu ego à custa da mulher. Bate-se na esposa e joga-se a raiva sobre ela quando se está frustrado ou exausto em decorrência do trabalho, ou quando se é derrotado em uma luta (embora trabalhar em uma fábrica já seja uma derrota). Quanto mais o homem serve e recebe ordens, mais ele manda. A casa de um homem é seu castelo, e sua esposa tem que aprender a esperar em silêncio quando ele está de mau humor, a recompor os pedaços dele quando estiver quebrado e praguejar contra o mundo, a se virar na cama quando ele disser "estou muito cansado esta noite.[41]

Por esse motivo, o movimento feminista se mostra essencial ao processo de desconstrução desse papel de abusador e abusado, ou melhor, para a compreensão de que temos sim um abusador e um abusado e não meros personagens cumprindo seu papel de educar e ser educado. Mesmo os primeiros passos do movimento, com reinvindicações voltadas à participação política e busca por espaços de trabalho, criticadas por seu caráter excludente,[42] têm importância significativa na superação

[39] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018.

[40] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018.

[41] FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução*: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante, 2019.

[42] Durante muito tempo, o termo "mulher" usado nos discursos das feministas se referia apenas às experiências das mulheres brancas, de classe média ou alta e heterossexuais, como se essa fosse uma totalidade. No entanto, é preciso compreender que esse tipo de discurso acaba por excluir e silenciar a

do papel de submissão das mulheres para com os homens, mostrando-se ponto inicial de uma luta que eclodiu nos movimentos contra a violência doméstica por todo o globo.

Há de se salientar que o mero fato de a mulher estar localizada no espaço doméstico-privado não caracterizaria por si só a violência. Se considerarmos que em algumas culturas o espaço doméstico também é destinado aos homens, mas estes não sofrem as opressões das quais as mulheres são vítimas, temos de salientar que o problema não se encontra no local onde a mulher se insere, mas nas construções sociais que lhe imputaram papel de submissão.[43] A compreensão parece mais simples se tomamos o ideal de espaço privado, no conceito de Hanna Arendt, no qual não se vê espaço privado como privacidade, mas como lugar de privação, de modo que estar inserido neste espaço é ver-se privado da relação com os outros para a construção do mundo comum.[44]

Consideramos, como apresentado, que é nos anos 70 que as discussões acerca da violência contra as mulheres se tornam mais evidentes no Brasil. Os anos 80, por sua vez, ficaram marcados por literaturas feministas acerca desse problema social, estudos que se mostram frutos das mudanças sociais e políticas enfrentadas no país, acompanhando o desenvolvimento do movimento de mulheres e o processo de redemocratização. Um importante marco desse período foi a criação das delegacias das mulheres.[45]

Assim, podemos notar que as efetivas discussões acerca da violência doméstica no Brasil não datam de muito tempo, mas possuíram um fator de influência que externou à sociedade brasileira que a questão estava além do âmbito privado, mas se colocava como uma problemática social que merecia atenção do Estado. O

existência individual de muitas mulheres. Assim, nesse contexto, o feminismo acreditava que podia definir uma categoria universal da mulher, ignorando suas especificidades e intersecções (TERRA, Bibiana; SOUZA, Larissa Faria de. Interseccionalidade e movimento feminista: uma análise entre os conceitos de gênero, raça e classe. *In*: ALVES, Carla R. S. T. *et al*. *Pesquisa e sociedade*: linguagens e práticas contemporâneas. Cruz Alta: Ilustração, 2021. p. 197-218).

43 CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. *In*: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza. *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. São Paulo: Zahar, 1985.

44 CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. *In*: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza. *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. São Paulo: Zahar, 1985.

45 SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wania Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinários de America Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2005. Disponível em: file:///C:/Users/heroa/Downloads/Dialnet-Violencia ContraAsMulheresEViolenciaDeGenero-4004126.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

chamado *lobby do batom*[46] atuou como ponte na constituinte de 1987, propiciando impactos à constitucionalização de direitos das mulheres no Brasil.[47]

Tamanha conquista não foi suficiente para a superação da problemática, fazendo-se notável o crescente número de vítimas de agressões, conforme dados levantados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública.[48] Ainda assim, considerando que os casos vieram à tona, o descontentamento ante a impunidade e as reinvindicações cada vez maiores por parte das mulheres acabaram influenciando outros grupos sociais e chamaram atenção, inclusive sob a perspectiva internacional, fazendo com que em 7.8.2006 fosse sancionada a Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que, entre outros elementos, tipificou e definiu a violência doméstica contra a mulher, retirou a competência para julgar crimes de violência doméstica dos juizados especiais, já que até então eram considerados crimes de menor potencial ofensivo.

A lei em questão inovou ao apresentar um caráter educacional, propondo uma estrutura de combate à complexidade do fenômeno da violência doméstica, apresentando mecanismos de prevenção, assistência às vítimas e políticas públicas, todavia, neste momento a discussão tem como foco o viés punitivo da lei. Assim, hão de ser mencionadas alterações como a inclusão da violência doméstica no rol de circunstâncias de agravamento da pena – art. 61, II, F – e aos crimes de lesão corporal – art. 129, §9º –, cuja pena aplicada é de três meses a três anos.[49]

Ocorre que, mesmo com tais inovações, a violência contra a mulher ainda se mostrava presente na sociedade brasileira, e sob uma forma ainda mais violenta, com casos de morte da vítima.[50] Assim, em 2012, instaurou-se comissão parlamentar com o objetivo de apurar informações acerca dos índices de violência contra a mulher e, como resultado, propôs-se a inclusão da qualificadora do feminicídio no art. 121 do Código Penal brasileiro, bem como sua caracterização como crime hediondo, dando início ao Projeto de Lei nº 292/13, que posteriormente foi sancionado de modo a promulgar a Lei nº 13.104/2015, que incluiu a qualificadora conforme pretendido.

---

[46] Grupo de mulheres atuantes no processo constituinte que culminou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre as quais algumas feministas.

[47] SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666. Acesso em: 25 ago. 2021.

[48] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

[49] BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

[50] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018.

O termo *feminicídio* foi utilizado por Diana Russel, em 1976, para se referir à morte de mulheres por homens pelo fato de serem mulheres, como uma alternativa feminista ao termo homicídio. Por sua vez, a expressão *feminicídio* foi cunhada por Marcela Lagarde, baseando-se no termo *feminicídio*, objetivando, entretanto, revelar as mortes de mulheres ocorridas em um contexto de impunidade e conivência do Estado.[51] Segundo a socióloga Eleonora Menicucci, o feminicídio é um crime de ódio cujo conceito surge para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres em razão da discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemáticas. Não constitui um evento isolado, mas faz parte de um processo contínuo de violências.[52]

A inclusão da qualificadora no rol de crimes hediondos buscou inibir essa modalidade de violência praticada contra mulheres, sob uma perspectiva indubitavelmente punitiva, de modo que a atuação na gênese do problema foi preterida, tendo por escopo a punição, para tanto, prevendo penas de doze a trinta anos de reclusão. No mais, a tipificação teve caráter de resposta aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, nas Conclusões Acordadas da 7ª Sessão da Comissão sobre o *Status* da Mulher, da ONU, de "reforçar a legislação nacional onde apropriado, para punir assassinatos violentos (*gender-related*) e integrar mecanismos ou políticas específicos para prevenir, investigar e erradicar essas deploráveis formas de violência de gênero".[53]

Mais recentemente, em 28.7.2021, foi sancionada a Lei nº 14.188, que define o programa de cooperação "Sinal Vermelho" de enfrentamento à violência doméstica, que modifica a modalidade da pena da lesão corporal simples, incluindo o §13 ao art. 129 do Código Penal brasileiro, de modo que a lesão cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino passa a ser punida com pena de um a quatro anos, independentemente de ocorrer no contexto doméstico. A lei ainda cria o tipo penal de violência psicológica contra a mulher por meio do art. 147-B, que menciona o dano emocional causado à mulher de modo que a perturbe, prejudique, degrade, controle suas ações e comportamentos, humilhe, manipule, ridicularize, entre outros prejuízos, o que passará a ser punido com pena de seis meses a dois anos de reclusão.[54]

As três leis mencionadas, no que tange à punibilidade, deixam clara a atuação do Estado no controle social, ao utilizar políticas criminais para exercer seu direito

[51] CAMPOS, Carme Hein de. Feminicídio no Brasil: uma análise critico-feminista. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

[52] PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. *Feminicídio*: invisibilidade mata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

[53] BRASIL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final*. Brasília: Senado Federal, 2013. p. 1004.

[54] BRASIL. *Lei 14.188 de 28 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

de punir. Ocorre que tais políticas criminais perpassam ideais de intolerância emergencial penal voltados à satisfação das massas.[55] Assim, em muito tem se questionado a função simbólica do direito penal, sobretudo quando esta não se mostra suficiente à efetivação da proteção dos bens jurídicos. Segundo Alessandro Baratta, estaríamos diante de uma segurança ilusória, um falso sentimento de confiança, de modo que as violações às normas são frequentes e sob uma perspectiva prática são ineficazes.[56]

Utilizar o direto penal como resposta a todos os problemas sociais pode, inclusive, levar o sistema penal ao descrédito.[57] O Estado faz uso do direito penal para tentar atender aos anseios sociais – que em se tratando da violência de gênero parecem válidos – todavia, o que vemos em verdade é um direito penal simbólico, que esconde problemas sociais maculando as instituições do Estado, pois tais políticas se mostram ineficazes.[58] O que falta na perspectiva da criminologia crítica e da criminologia feminista é o questionamento do direito penal em si. A utilização de uma teoria sociológica do direito penal, aliada ao paradigma de gênero, pode permitir uma compreensão da mulher como objeto de proteção do sistema de justiça criminal.[59]

De forma alguma defende-se que não se deva promover uma resposta penal a violações de bens jurídicos, ela se mostra necessária, sobretudo quando as formas de pensamento, de linguagem e as instituições refletem a estrutura dicotômica de masculino-feminino, de modo que as qualidades atribuídas aos sexos se tornam instrumentos simbólicos das relações de poder. A grande questão está na (in) suficiência da lei penal, uma vez que as medidas de médio e de longo prazo que transcendem o direito penal se mostram esquecidas com certa frequência em virtude da solução ilusória do direito penal de emergência.

Mesmo com a promulgação dessas leis, dados do atlas da violência, fornecidos pelo Ipea, indicam um aumento de 8,3% de mulheres vítimas de homicídio (feminicídio após 2015) no interior de suas residências, no período de 2013 a 2018,

[55] RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; BARROS, Flaviane de Magalhães. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, v. 11, n. 14, 2013.

[56] BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. *In*: CAMPOS, Carmem Heins de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.

[57] BONACCORSI, Daniela Villani. Constitucionalismo e emergencialismo penal: progresso global e retrocesso democrático. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, v. 11, n. 13, p. 165-186, jan./jun. 2013.

[58] BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa. *Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

[59] BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. *In*: CAMPOS, Carmem Heins de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 19-80.

enquanto a taxa geral de homicídios teve um aumento de 3,4% de 2008 a 2018.[60] Em 2018, segundo levantamento do Datafolha, encomendado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 16 milhões de mulheres acima de 16 anos sofreram algum tipo de violência, 42% delas dentro de casa. O número de agredidas fisicamente alcança quase cinco milhões de mulheres, uma média de 536 mulheres por hora em 2018, dessas, 177 são literalmente espancadas.[61]

Simone de Beauvoir escreveu: "não se nasce mulher, torna-se",[62] o mesmo vale para o gênero masculino. É a construção social de gênero o cerne da hierarquização entre homem e mulher, o poder que aquele tem sobre esta é na verdade simbólico, fruto de uma construção social, a vulnerabilidade não está no sexo, mas na perspectiva social acerca da relação homem e mulher. Assim, a transformação não vem com a sanção. Tanto a Lei Maria da Penha (em que pese as medidas penais), a Lei do Feminicídio, ou a Lei da Violência Psicológica, todas podem se mostrar efetivas no que tange ao caso concreto, ou seja, após a ocorrência da violência, mas punir o agressor não parece suficiente.

Temos uma construção histórica bem elaborada acerca da submissão feminina e superioridade masculina, penalizar por si só não parece suficiente à transformação social. Assim, surge a proposta de se utilizarem medidas extrapenais como um caminho constitucional à transformação social. Mecanismos extrapenais que buscam coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher podem ser o liame de atuação preventiva e multidisciplinar, envolvendo a Polícia Judiciária, o Ministério Público, o Judiciário em si, assim como um viés de assistência às mulheres que se encontrem em situação de violência familiar. É essa a proposta que passamos a discutir.

3 As medidas extrapenais: um caminho constitucional para a transformação social

Podemos dizer que o direito penal brasileiro acompanhou as transformações de pensamento com relação às normas de proteção à mulher, em especial no combate à violência de gênero e suas diversas manifestações, todavia, a evolução

[60] IPEA. *Atlas da violência 2020*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020. Acesso em: 11 set. 2021.

[61] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

[62] BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014. p. 20.

legislativa acerca da temática não parece ter sido capaz de provocar transformações sociais significativas, uma vez que nos vemos diante de um direito penal simbólico.

Os altos índices de violência atrelados ao clamor popular para atuação do Estado fazem com que este, em caráter de urgência, crie leis meramente simbólicas, que carecem de instrumentalidade e efetividade, mas que, até certo ponto, fazem cessar as reinvindicações da população, justamente por criarem uma falsa sensação de segurança e eficiência, limitando-se, portanto, a produzir efeitos simbólicos que não atingem o fim ao qual se propõem. Um novo tipo penal, ou o aumento da severidade na pena, pode até ser uma demanda necessária, mas não é, por si só, instrumentalmente suficiente para a provocação de mudanças.[63]

Como consequência desse simbolismo penal, temos a inversão da própria concepção do direito penal, de sua finalidade, uma vez que o direito penal, em regra, deveria atuar em *ultima ratio*, sendo, portanto, acionado nos casos em que os demais ramos do direito tenham se mostrado ineficientes a tutelar os bens jurídicos.[64] O direito penal simbólico, todavia, reprime tal natureza e coloca a lei penal como *prima ratio*, uma vez que atribui à pena o condão de transformação social. Essa inversão pode ser danosa à sociedade justamente por atuar repressivamente, preterindo a prevenção e a resolução efetiva dos problemas. Uma aplicação do direito penal em seu viés simbólico, que considere apenas os clamores e anseios sociais, relativiza a intervenção penal mínima como uma forma de tentar acalmar os anseios punitivistas da sociedade.[65]

Uma vez que a pena não tem se mostrado suficiente à transformação social, medidas extrapenais podem ser tidas como um caminho constitucional a essa finalidade. A Lei nº 11.340/06, por exemplo, possui mecanismos extrapenais que buscam coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A Lei Maria da Penha tem um liame de atuação preventiva e multidisciplinar, envolvendo a Polícia Judiciária, o Ministério Público, o Judiciário em si, assim como um viés de assistência às mulheres que se encontrem em situação de violência familiar.

Ainda que a referida lei apresente mecanismos tão importantes na tentativa de solucionar os problemas sociais de violência doméstica, é seu vetor punitivo que tem se evidenciado. A questão por trás dessa realidade é que em grande parte dos casos o homem retorna ao lar conjugal e, ainda que tenha cumprido sua pena, ou parte dela, a violência doméstica não cessa. As vítimas tendem a procurar a

63 FUZIGER, Rodrigo José. *As faces de Jano*: o simbolismo no direito penal. 319 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

64 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

65 SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al*. *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo* – O direito penal visto em uma perspectiva minimalista. Curitiba: CRV, 2012. v. 1.

Justiça não objetivando a condenação ou punição dos agressores, mas acabar com a violência.[66]

Os estudos acerca da violência doméstica demonstram que inúmeros fatores influenciam essa atitude reticente das vítimas em dar continuidade ao processo, e por diversas vezes reatar seus relacionamos. Fatores ligados à dependência emocional, vergonha, medo de a violência se consumar em assassinato, dependência econômica, passividade ante a violência psicológica, morosidade do Judiciário, crença de que o agressor pode mudar seu comportamento, baixa autoestima, filhos, entre outros.[67]

Por esse motivo, deve ser colocada uma meta superior à proteção da mulher no que concerne à violência de gênero e doméstica, uma proteção ampla, cujo foco não esteja na punição do agressor, ainda que o Estado deva punir aqueles que venham a cometer tais crimes, mas a lei deve resguardar a vítima, empoderá-la, a fim de que, consciente de seus direitos e ciente de que pode libertar-se da opressão e submissão, seja capaz de romper os laços com seus parceiros violentos – leis focadas na capacidade de enfrentamento da vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor.

As três leis apresentadas no presente artigo estão ligadas aos anseios do movimento feminista, valores consensuais da comunidade internacional cujo objetivo principal é a modificação dos padrões socioculturais da estrutura patriarcal que, como vista, remonta a tempos de formação. Assim, busca-se transformar a igualdade formal presente nos dispositivos constitucionais em igualdade material. Estas são pautas válidas, necessárias e devem sim ser objeto da atuação do Estado, no entanto, essa atuação emergencial que se tem visto, sobretudo diante do clamor popular, tem se mostrado meramente dilatória, uma vez que a criação dessas leis adia a solução dos conflitos, anestesia as tensões e lança os problemas sociais *ad infinitum*.

A implementação de políticas públicas pelo Estado pode se mostrar muito mais eficaz e satisfatória que a mera punição,[68] ocorre que a atuação nesse nicho deve ser ativa, pois não basta criar dispositivos legais que aludam acerca da solução da problemática, é preciso de fato prestar esse auxílio. A Lei Maria da Penha, se analisada em um contexto geral, poderia ser um grande passo à transformação social, sobretudo sob a ótica das medidas extrapenais constantes do diploma.

---

66 IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

67 SABADELL, Ana Lucia. A posição das mulheres no direito. *In*: SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 266-293.

68 SABADELL, Ana Lucia. A posição das mulheres no direito. *In*: SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 266-293.

A lei fala inclusive em uma atuação estatal em nível escolar – com campanhas educativas – acadêmicas – com a promoção de estudos, pesquisas e avaliações periódicas quanto às medidas adotadas – assistência psicológica, médica, capacitação dos profissionais para atuação nos casos, criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar para a mulher em situação de violência, assim como abrigos para elas e seus dependentes, ou ainda centros de educação e reabilitação para os agressores. Todavia, não se têm notícias da atuação estatal nessa frente.

Segundo Thomas Dye, políticas públicas são atos de um governo que estabelecem áreas nas quais sua intervenção se faz necessária, de modo a solucionar conflitos sociais e eliminar as diferenças sociais acumuladas pelo tempo. Essas políticas têm a capacidade de conferir efetividade aos dispositivos legais que busquem transformação social, mas que por si só não seriam capazes de fazê-lo. Assim, o Estado estabelece as ações necessárias para que os objetivos sejam alcançados.[69] O mero diploma legal não é suficiente para a desnaturalização da violência de gênero, assim, a implementação de políticas públicas para mulheres que já se encontrem em situação de violência ou ações que promovam a equidade de gêneros se mostram importantes à efetivação das normas de proteção à mulher.[70]

A reeducação dos agressores também pode ser um mecanismo de transformação no que tange à violência de gênero, uma vez que não basta que as mulheres se mostrem contrárias à subordinação de gênero.[71] É preciso que o abusador se reconheça como tal e modifique suas atitudes. A realidade das prisões está longe de ser um meio de reeducação e reinserção, assim, o Estado deve atuar por meio de políticas de reeducação, uma vez que a estrutura patriarcal corrobora ideias de exclusão, submissão e opressão femininas.

Há de se salientar que não estamos justificando os atos de violência com discursos de "criação", de ignorância baseada no senso comum, entretanto, a reeducação de agressores poderia proporcionar significativas mudanças sociais, transformando cenários de violência. "Nada justifica a violência, mas é preciso que eles recebam uma nova educação para lidar com os direitos da mulher. Não podemos falar mais apenas para elas, é com os homens que precisamos falar",[72] a ressocialização dos agressores deve andar paralelamente ao processo criminal,

[69] DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 9. ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1998.

[70] IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

[71] BOULOS, Guilherme. Em projeto, homens são obrigados a refletir sobre agressão a mulheres. *Carta Capital*, jun. 2017. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-projeto-homens-sao-obrigados-a-refletir-sobre-agressao-as-mulheres/. Acesso em: 23 set. 2021.

[72] BOULOS, Guilherme. Em projeto, homens são obrigados a refletir sobre agressão a mulheres. *Carta Capital*, jun. 2017. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-projeto-homens-sao-obrigados-a-refletir-sobre-agressao-as-mulheres/. Acesso em: 23 set. 2021.

sendo que o agressor deve responder às penas a ele impostas. Todavia, apenas a resposta penal é insuficiente, porque é preciso transformar as estruturas. Transformar a compreensão toca mais pessoas e consequentemente se mostra mais eficiente.

Conclusão

A violência de gênero contra a mulher tem sido um problema de âmbito mundial, manifestando-se das mais variadas formas, por vezes veladas, mas, em diversos casos, ocasionando a morte das vítimas. A construção histórica da sociedade, as estruturas sociais elaboradas e a definição de papéis sociais com base no patriarcado favorecerem a continuidade dessa violência.

Muito já se evoluiu no que concerne aos direitos das mulheres. Dispositivos internacionais e a legislação interna de muitos países acolheram a problemática da violência de gênero e têm tentado atuar diante dela. Entretanto, em que pese o teor legislativo de evolução, a violência vivenciada pela mulher tem sido crescente, sobretudo no Brasil, país com um dos maiores índices de ataques contra mulheres. Por esse motivo, questiona-se a efetividade dos dispositivos penais em ocasionarem mudanças sociais.

A partir das análises realizadas, conclui-se que a elaboração de diplomas legais, per si, não é suficiente a provocar significativas transformações sociais, sendo, portanto, necessário um esforço do Estado, através de políticas públicas de gênero, e medidas extrapenais, para a erradicação da violência de gênero e a promoção dos direitos da mulher.

A desnaturalização da violência não ocorre apenas com a pena, uma vez que o direito penal deve ser a *ultima ratio*. É preciso atuar no cerne da questão, a estrutura social, e isso se mostra possível se mais pessoas forem tocadas, a ponto de compreenderem seu papel como abusadoras e abusadas e quererem mudar isso. Assim, se faz necessária uma reeducação com o escopo de transformação da sociedade, que se estruturou machista e patriarcal, promovendo, assim, a equidade de gênero de forma natural e justa.

Mesmo a Constituição da República prevendo a igualdade e garantindo-a, parte da sociedade ainda vê mulheres como propriedade. A violência doméstica, infelizmente, ainda é uma prática bastante usual. A Constituição, os tratados internacionais e as leis aqui apresentadas são instrumentos importantes no combate à violência de gênero e na promoção da igualdade. No entanto, sobretudo no que tange à perspectiva penal, o foco legal tem sido na punição do agressor e não em medidas que possibilitem que essas agressões não ocorram.

O direito penal deve manter um caráter subsidiário, cuja utilização se dá apenas quando outras áreas do direito se mostram insuficientes. O agressor deve sim ser punido, mas a mera pena se mostra insuficiente quando tratamos de um abuso cuja compreensão do agressor e da sociedade não o vê como tal, punir mais e punir com maior rigor é na verdade uma utopia de que a sociedade se verá livre da criminalidade. A transformação vem da base, é lá que se deve atuar; a pena é apenas o cume, ou então teremos um problema *ad infinitum*.

Referências

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero, a construção de um campo teórico e de investigação. *In*: HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista brasileiro* – Formação e contexto. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. *In*: CAMPOS, Carmem Heins de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa. *Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. *Gênero, neoconservadorismo e democracia*: disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: livro sexto. São Paulo: Ícone, 2017.

BONACCORSI, Daniela Villani. Constitucionalismo e emergencialismo penal: progresso global e retrocesso democrático. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, v. 11, n. 13, p. 165-186, jan./jun. 2013.

BOULOS, Guilherme. Em projeto, homens são obrigados a refletir sobre agressão a mulheres. *Carta Capital*, jun. 2017. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/em-projeto-homens-sao-obrigados-a-refletir-sobre-agressao-as-mulheres/. Acesso em: 23 set. 2021.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. *Relatório final*. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. *Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. *Lei 13.104 de 9 de março de 2015*. Lei do Feminicídio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. *Lei 14.188 de 28 de julho de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

CAMPOS, Carme Hein de. Feminicídio no Brasil: uma análise critico-feminista. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. *In*: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza. *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. São Paulo: Zahar, 1985.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 9. ed. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1998.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Porto Alegre: Bestbolso, 2014.

FEDERICI, Silvia. *O calibã e a bruxa*: mulheres, corpos e acumulação primitiva. Tradução de Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução*: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista. São Paulo: Elefante, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

FRANCHINI, B. S. O que são as ondas do feminismo? *Revista QG Feminista*, 2017. Disponível em: https://medium.com/qg-feminista/o-que-s%C3%A3o-as-ondas-do-feminismoeeed092dae3a. Acesso em: 1º ago. 2021.

FUZIGER, Rodrigo José. *As faces de Jano*: o simbolismo no direito penal. 319 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GONZALES, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*. Organização de Flavia Rios e Marcia Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Pensamento feminista hoje*: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo*: políticas arrebatadoras. Tradução de Ana Luiza Libânio. 3. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

HOOKS, Bell. *Teoria feminista*: da margem ao centro. Tradução de Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019.

IPEA. *Atlas da violência 2020*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020. Acesso em: 11 set. 2021.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

LESSA, Sergio; TONET, Ivo. *Introdução à filosofia de Marx*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã (Feuerbach)*. 11. ed. Tradução de José Carlos Brunni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec, 1999.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. *Feminicídio*: invisibilidade mata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

RESENDE, Thiago Xavier Nhimi; BARROS, Flaviane de Magalhães. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, v. 11, n. 14, 2013.

RUZZI, Mariana; BRAGA, Ana Paula. 10 provas que existe machismo no cinema. *Instituto Idea*. Disponível em: http://institutodea.com/artigo/10-provas-das-existencia-do-machismo-no-cinema/. Acesso em: 12 jan. 2022.

SABADELL, Ana Lucia. A posição das mulheres no direito. *In*: SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 266-293.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wania Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinários de America Latina y El Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2005.

SILVA FILHO, Edson Vieira da *et al*. *O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo* – O direito penal visto em uma perspectiva minimalista. Curitiba: CRV, 2012. v. 1.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666. Acesso em: 25 ago. 2021.

TERRA, Bibiana; SOUZA, Larissa Faria de. Interseccionalidade e movimento feminista: uma análise entre os conceitos de gênero, raça e classe. *In*: ALVES, Carla R. S. T. *et al*. *Pesquisa e sociedade*: linguagens e práticas contemporâneas. Cruz Alta: Ilustração, 2021. p. 197-218.

WATERS, Mary Alice. *Marxismo y feminismo*. 2. ed. Barcelona: Fontamara, 1979.

WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. Tradução de Bia Nunes de Sousa, Glauco Mattoso. 1. ed. São Paulo: Tordesilhas, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA FILHO, Edson Vieira da; SOUZA, Larissa Faria de. Quando punir o agressor não se mostra suficiente: uma análise da necessidade de se retrabalhar as respostas penais e extrapenais à violência de gênero a partir da Constituição Federal. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 221-245, jul./dez. 2023.

Submissão: 01.02.2022
Pareceres: 06.07.2022 e 03.08.2022
Aceite: 27.04.2023

A AMBIVALÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

THE AMBIVALENCE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Anna Carolina Kähler de Moraes Barros

Mestranda em Relações Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI-USP), com mobilidade acadêmica de pesquisa pelo Erasmus+ na Rijksuniversiteit Groningen. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Pós-Graduada em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUCRS. Bolsista Capes no Mestrado e integrante do grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável (CNPq/UFLA). *E-mail*: annacarolinakahler@gmail.com.

Pedro Ivo Ribeiro Diniz

Professor Adjunto da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Coordenador de Cooperação da Diretoria de Relações Internacionais – DRI/UFLA. Professor convidado do curso de Pós-Graduação em Direito Internacional do Centro de Direito Internacional – Cedin. Líder do Núcleo de Estudos em Direito e Relações Internacionais – NEDRi e do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável, vinculado ao CNPq. Palestrante convidado do curso *North-South – A world in transition*, na Universidade de Hasselt, Bélgica. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (Conceito 6/ Capes). Mestre com bolsa (Capes) em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Milton Campos. Graduado em Direito (Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec) e em Relações Internacionais (PUC Minas). *E-mail*: pedrodiniz@ufla.br.

Resumo: O presente trabalho pretende discutir as ações empreendidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no intuito de analisar as limitações institucionais – inerentes à dinâmica tradicional hegemônica interestatal – e a progressão do Sistema na salvaguarda da dignidade humana dos cidadãos americanos. Evidencia-se, assim, a abordagem ambivalente do Sistema que condiciona sua capacidade de estimular a emancipação a partir dos direitos humanos.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Direitos humanos. Ambivalência. Dignidade humana.

Abstract: The present work intends to discuss the actions taken in the scope of the Inter-American Human Rights System, in order to analyze the institutional limitations – inherent to the traditional interstate

hegemonic dynamics – and the System's progression in safeguarding the human dignity of American citizens. Thus, the System's ambivalent approach is evident, which defines its capacity to stimulate emancipation based on human rights.

Keywords: Inter-American System for the Protection of Human Rights. Human rights. Ambivalence. Human dignity.

Sumário: Considerações iniciais – **1** *Modus faciendi* e adequações edificadas – **2** Limites formais cingidos – **3** Potencial emancipatório e a ambivalência do Sistema Interamericano – Considerações finais – Referências

Summary: Initial considerations – **1** Modus Faciendi and Built Adaptations – **2** Enforced Formal Limits – **3** Emancipatory Potential and the Ambivalence of the Inter-American System – Final Considerations – Bibliographic references

Considerações iniciais

A análise da atuação dos órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a que se propõe este trabalho parte de uma compreensão consubstanciada do "por quê"[1] da existência desses direitos. Os direitos humanos são necessários pois, *inter alia*, constituem uma forma de acesso aos bens – materiais e imateriais – necessários à sobrevivência humana digna.

É perceptível que, dentro das dinâmicas sociais atuais, o acesso a tais bem não ocorre de maneira igualitária entre todos os membros da sociedade. Os direitos humanos são essenciais, portanto, para transformar os processos desiguais do fazer humano (processos que se manifestam como extremamente excludentes a depender da posição social e complexa ocupada), de forma a promover a emancipação. O caráter de emancipação inerente aos direitos humanos advém de sua capacidade de impulsionar o empoderamento dos indivíduos para o empreendimento de lutas sociais por condições dignas de se viver. Assim:

> Num sentido marcadamente social, os direitos humanos são *o resultado de lutas sociais e coletivas que tendem à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam o*

[1] Joaquin Herrera Flores trabalha os direitos humanos a partir de três níveis, sendo o "porquê" o segundo. O primeiro nível – "o quê" dos direitos – informa que os direitos humanos devem ser entendidos como processos de lutas que objetivam a concretização da dignidade. Assim: "Os direitos humanos, mais que direitos 'propriamente ditos', são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida". O terceiro nível de compreensão dos direitos humanos recai em seu "para quê". Dentro dele, o autor conclui que os direitos humanos têm como fim material a própria dignidade humana – alcançada por meio desses processos de lutas sociais (FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 28-34).

> *empoderamento de todas e de todos para lutar plural e diferenciadamente por uma vida digna de ser vivida.* Em outros termos, especificamos os direitos de uma perspectiva "pragmática" e de forte conteúdo social. Com isso, pretendemos complementar e ampliar o conceito de igualdade formal aos aspectos materiais e concretos que permitam a colocação em prática da liberdade positiva e da fraternidade emancipadora abarcada no conceito de igualdade material.[2]

A emancipação provocada pelos direitos humanos é responsável, com efeito, por democratizar os processos do fazer humano, constituindo-se como um meio de materializar a igualdade –[3] que salta de uma compreensão da igualdade formal, para a adoção da perspectiva de igualdade proporcional – e por possibilitar o exercício das liberdades, entendidas aqui como oportunidades substantivas que permitem às pessoas realizarem o que valorizam e impactarem o mundo em que vivem, na condição de agente.[4] "Como afirma o economista hindu Amartya Sen, já não se deve falar somente do 'valor da liberdade', mas da 'igualdade da liberdade': todo mundo é importante, e a liberdade que nos é garantida deve ser garantida a todos".[5]

O trabalho desenvolvido aqui pretende se utilizar dessa concepção de direitos humanos do autor Herrera Flores – a partir de um diálogo teórico –[6] tendo como ponto de partida a seguinte questão: teria o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a possibilidade de se colocar como instrumento de emancipação na realidade americana?

---

2 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 109. Grifos no original.

3 No âmbito do presente trabalho, utilizando-se as linhas teóricas aventadas por Herrera Flores, a igualdade é compreendida como a condição que possibilita o acesso paritário dos indivíduos aos bens necessários para uma vida digna. Neste ponto, ganha destaque a noção de igualdade material como atributo presente nas "zonas de contato emancipadoras" (FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 61).

4 Ver, nesse sentido, SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

5 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 68.

6 Pretende-se, por meio da utilização da teoria de Flores, propor um diálogo teórico positivo, de forma a contrapor leituras sobre direitos humanos e colocar diferentes luzes ao fenômeno em estudo, qual seja: o funcionamento da SIDH. Objetiva-se, com esse desafio, a ampliação da análise dos limites e dos potenciais do sistema, de maneira a se apontar de forma consciente sua ambivalência. Dessa forma, a análise não será restrita às definições do teórico, justamente porque Flores não entende como concebível a existência de um potencial emancipatório em um sistema tradicional como o SIDH.

Criado no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos[7] constitui o principal mecanismo regional que se propõe à salvaguarda da dignidade humana no âmbito do continente americano. O intuito de garantir parâmetros de liberdade e de justiça social é reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instrumento cardeal do Sistema.

O seu preâmbulo assim estabelece: "Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem".[8] Não obstante, sua lógica interestatal e sua origem institucional se colocam como obstáculos inerentes ao seu propósito.

É nesse sentido que se insere o objetivo de estudar as veredas desenvolvidas pelo Sistema Interamericano ante os limites estruturais para a consecução de ações emancipatórias. Para tal, propõe-se realizar uma análise de seus avanços e entraves na promoção de uma luta pela dignidade[9] dos cidadãos americanos. Pretende-se, com isso, elucidar o caráter ambivalente inerente à proteção dos direitos humanos no Sistema em pauta. Se, por um lado, o Sistema externa atitudes que buscam o empoderamento popular e, assim, a possível postura emancipatória, por outro, se vê contido em uma dinâmica institucional que depende da adesão e anuência dos Estados-Membros.

1 *Modus faciendi* e adequações edificadas

Em seus primeiros anos de existência – a partir de 1979 –, a Corte tinha sua atuação munida pelos frágeis esforços dos Estados ratificantes da Convenção em

[7] Esse sistema foi instituído no ano de 1948, a partir da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e atua através de seus dois órgãos: a Comissão (CIDH) – instaurada em 1959 – e a Corte (Corte IDH) – que passou a funcionar depois da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1978 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *O que é a CIDH?* Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/322QP9U. Acesso em: 6 abr. 2020).

[8] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

[9] Na perspectiva adotada pelo presente trabalho, o conceito de dignidade humana é também extraído da teoria de (re)invenção dos direitos humanos de Herrera Flores. De acordo com o autor, a dignidade deve ser entendida como fim material, e não apenas ideal abstrato. Nesse sentido: "Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado 'a priori' por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. [...] Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja 'digna' de ser vivida" (FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31).

proteger efetivamente os direitos humanos. Como bem demonstra Eric Posner, os Estados, sejam eles autoritários, democráticos ou transicionais, assumem compromissos de proteção aos direitos humanos sem que isso se traduza, necessariamente, em desdobramentos concretos de transformações em suas condutas.[10] Construído a partir da dinâmica interestatal, a fachada formal estabelecida pelo título de Estado-Membro do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos atendia aos interesses imediatos e distintos de grande parte dos países signatários do Pacto San José da Costa Rica.

Não obstante, atuação recente dos órgãos do Sistema Interamericano,[11] muitas vezes caracterizada como progressista, autônoma e voltada para a proteção das vítimas, pode fornecer indícios de seu comprometimento com a emancipação dos indivíduos abrangidos por sua jurisdição, resistindo às amarras tradicionais das dinâmicas interestatais. Dentro da perspectiva de progressão rumo à materialização da dignidade, faz-se possível destacar um diferencial do Sistema Interamericano, qual seja: sua capacidade de adaptação às particularidades do contexto em que se insere.

Essa adaptabilidade do Sistema evidencia-se como de extrema importância para a própria proteção dos direitos humanos. Isso porque tais direitos devem ser compreendidos como inseridos em determinado contexto – social, político e econômico. Nessa toada: "Os direitos humanos, se queremos nos aproximar deles a partir de sua intrínseca complexidade, devem ser entendidos, então, situados em um marco, em um contexto, em um Sistema de valores a partir do qual será mais difícil ou mais fácil sua implementação prática".[12]

Assim, no contexto americano, a adaptação do Sistema às condições hemisféricas garante maior efetividade às respostas de direitos humanos dadas por seus órgãos.[13] Vale lembrar que as respostas exigem um exercício de interpretação e materialização dos direitos humanos que vai depender não só do contexto histórico,

[10] POSNER, Eric A. *The twilight of human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[11] Nesse contexto, existem três modelos de proteção oferecidos pelo referido sistema: o primeiro é denominado pelo autor como modelo "judicial" e recai naquele aplicado aos Estados americanos que reconhecem a competência da Corte para julgamento dos casos, bem como ratificaram a Convenção; o segundo modelo, "quase-judicial", é utilizado para os Estados que ratificaram a Convenção, mas que não reconhecem a competência da Corte; por fim, o modelo "quase-judicial declarativo" é aquele aplicado aos Estados-Membros da OEA que ainda não ratificaram a Convenção nem reconheceram a competência da Corte (DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011).

[12] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 45.

[13] DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011.

como já explanado, como também da posição que o indivíduo ocupa na dinâmica social.

No que tange ao exercício interpretativo realizado, ressalta-se que a Corte preza pela aplicação de uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos e das demais normativas internacionais. Com isso, garante-se a expansão do núcleo de proteção dos direitos humanos, de modo a possibilitar que o Sistema Interamericano acompanhe as mutações sociais e políticas, afastando-se de uma perspectiva estática de aplicação desse grupo de direitos.[14]

Essa intrínseca adaptabilidade e tendência expansionista dos direitos humanos é que relega a possibilidade de seu estudo por teorias "neutras", assim entendidas como aquelas que:

> [...] tendem a ver o objeto de investigação – em nosso caso, os direitos humanos – como se fosse algo "autônomo" (sem contato com as realidades "reais" nas quais vivemos), "neutro" (são direitos de toda a humanidade e, portanto, em seus fundamentos e conceitos não entram as diferentes e desiguais condições nas quais se vive) e, por último, "conseguido" de uma vez por todas (então, para que lutar por algo que *já se tem*?).[15]

Nesse âmbito, a Comissão e a Corte já se manifestaram acerca da necessidade de utilização de uma interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, que possibilite seu devido emprego na sistemática social, econômica e política dentro da qual se pretende analisar. Faz-se mister, portanto, a construção de uma técnica de ação localizada e consciente, que não entenda os sujeitos de direito como indivíduos abstratos e neutros, mas sim como atores de mudanças, capazes de emancipação e imbricados na realidade fática de sua existência. Realidade essa que deve estar presente na análise da aplicação das normativas pelo Sistema Interamericano, de tal forma que:

> Tanto a CIDH quanto a Corte Interamericana indicaram que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve estar alinhada com a evolução temporal e com as atuais condições de vida. Uma interpretação evolutiva é consistente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção

[14] PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

[15] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 44, grifo do autor.

> Americana e com as estabelecidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.[16]

Ainda em se tratando de perspectivas de evolução da tratativa dos direitos humanos pelo Sistema Interamericano, ressalta-se a ampliação dos assuntos trazidos para análise dos órgãos. Nesse contexto, compreende-se que, desde sua instituição, tanto a Comissão quanto a Corte tiveram seu âmbito de análise expandido, de tal modo que os litígios submetidos à sua jurisdição tratam de temáticas cada vez mais diversas.[17]

Essa expansão na análise de matérias pode ser notada quando o grupo de direitos sociais e econômicos é posto em foco. Nota-se que a proteção de tais direitos por meio da atuação da Corte resta-se enfraquecida – tendo em vista a limitação de sua competência material.[18] Partindo da perspectiva de contextualização do Sistema Interamericano às condições continentais, é indispensável que se traga à discussão os direitos sociais e econômicos. Tais direitos referem-se àqueles que demandam uma ação positiva por parte do Estado, exigindo a tomada de medidas ativas para consolidação de parâmetros de igualdade material entre os indivíduos.

Nesse contexto:

> Por isso mesmo, os direitos econômicos, sociais e culturais obedecem, primordialmente, ao princípio da solidariedade (ou fraternidade, no tríptico da Revolução Francesa), a qual impõe, segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou estrato da sociedade.[19]

---

16 No original: "Both the IACHR and the InterAmerican Court have indicated that human rights treaties are living instruments, the interpretation of which must be in line with evolving times and current living conditions. An evolving interpretation is consistent both with the general rules on interpretation enshrined in Article 29 of the American Convention, and with those established by the Vienna Convention on the Law of Treaties" (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. Unit on Economic, Social and Cultural Rights. *Report on Poverty and Human Rights in the Americas*. Washington, 7 set. 2017. p. 51. Tradução nossa. Disponível em: https://bit.ly/32i3s09. Acesso em: 13 fev. 2020).

17 PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

18 "Os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais foram definitivamente consolidados no Sistema Interamericano por meio do Protocolo de San Salvador em 1992. O Protocolo confere jurisdição à Corte unicamente em relação aos direitos sindicais e ao direito à educação (Artigo 19.6)" (LIMA, Lucas Carlos. The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments. *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, v. 3. p. 495. Tradução nossa).

19 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 343.

Nessa toada, vê-se que os processos do fazer humano demonstram-se extremamente excludentes, principalmente para aqueles indivíduos que se enquadram nas divisões de gênero, raça e classe. Isso ocorre, pois, a depender do lugar que tais sujeitos ocupam na dinâmica social, seu acesso ao gozo de bens materiais e imateriais pode vir a ser mais penoso.[20] É nesse ponto que os direitos sociais e econômicos assumem seu papel emancipatório: por meio de sua consolidação, faz-se possível democratizar o acesso a condições de dignidade.

Assim, para que se coloque como aparato genuinamente em prol dos direitos humanos, o SIDH deve ser capaz de empreender ações que se voltem para a eliminação de um fenômeno comum nos solos americanos: a desigualdade social – de forma a fortalecer a rede de direitos sociais e econômicos. O instrumento normativo que salvaguarda esse grupo de direitos na esfera interamericana se formaliza no Protocolo de San Salvador – protocolo adicional à Convenção Americana. Adotado no ano de 1988, reconhece a importância dos direitos sociais e econômicos, bem como sua ligação estreita e de interdependência para com a garantia de todos os direitos humanos. Assim, vê-se no preâmbulo:

> Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros; [...].[21]

A possibilidade de materialização dos direitos presentes no documento – que vão desde direitos trabalhistas e sindicais até direitos de acesso à alimentação sadia, à educação e à cultura – liga-se diretamente à incorporação das determinações do protocolo aos ordenamentos pátrios.

Nessa toada, a limitação temática na tratativa desses direitos pela Convenção (que lança mão de apenas um artigo para sua regulamentação) tolhe a competência material da Corte – de forma a tornar a proteção autônoma dos direitos sociais e econômicos pela atividade jurisdicional prejudicada nas Américas. No entanto, o

[20] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

[21] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo De San Salvador"*. San Salvador, 17 nov. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3gSBe0y. Acesso em: 5 maio 2020.

trabalho da Comissão atua contra essa tendência de mitigação, assumindo papel de extremo valor. A partir de sua estratégia de ação, esse órgão do Sistema se organiza de forma a dar vazão às preocupações em matéria de direitos sociais e econômicos nos Estados-Membros e empreender ações para a reversão dessa realidade.

Demonstrativo do empenho da Comissão na promoção dos direitos sociais e econômicos pode ser notado na composição da Relatoria Especial de direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Redesca) – constituída em 2017 com o objetivo de fortalecer os esforços do Sistema na defesa desses direitos e no acompanhamento das recomendações, diretrizes e normativas dessa temática.

Esse conhecimento da realidade americana por parte do SIDH é indispensável para a compreensão dos arranjos organizacionais e das normas sociais particulares que tomam lugar nos Estados, assumindo, consequentemente, papel central no planejamento de estratégias e recomendações adequadas que visem ao fortalecimento dos direitos sociais e econômicos.

A salvaguarda judicial dos direitos sociais e econômicos tem sido levada adiante no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos – mesmo que de forma comedida – a partir da proteção dos direitos civis e políticos. Assim, a Corte tem se utilizado de suas análises dos artigos da Convenção para julgar matérias importantes que tocam os direitos econômicos e sociais, realizando então uma proteção indireta desse grupo de direitos.[22]

Por meio do reconhecimento expresso da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, a Corte realiza a tutela de direitos que, por não tangenciarem diretamente os dispositivos da Convenção, não seriam originalmente passíveis de abordagem judicial. A partir da análise de determinados casos, esse órgão é capaz, então, de adaptar os direitos presentes na Convenção aos casos concretos, realizando uma tarefa de especificação dos direitos aos grupos que demandam tutela.

Dentro dessa perspectiva, merece destaque a proteção de direitos ao meio ambiente sadio através do reconhecimento de violações de direitos individuais – prática caracterizada como *greening*.[23] Nota-se que, no âmbito do Sistema

[22] Para mais informações nesse sentido, ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La justiciabilidade de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ciudad de México: OSIDH, 2017.

[23] Em razão dessa posição teórica, a jurisprudência originada dos casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu sobre temas relacionados a esses direitos tem repetidamente se voltado para a violação de direitos individuais e não para infração daqueles. Essa prática acarreta uma generalização da defesa dos direitos coletivos mediante o uso de uma "porta dos fundos" jurídica e não por meio de um controle jurisdicional direto. Esse fenômeno está sendo referido por alguns autores como *greening international law* (D'AVILA, Caroline Dimuro Bender *et al*. A proteção reflexa do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*, San José, v. 60, n. 1, p. 11-38, 2014. p. 23).

Interamericano, o *greening* tem ganhado espaço, principalmente, no que tange à salvaguarda de direitos dos povos tradicionais. Esse exercício interpretativo tem possibilitado a consolidação de parâmetros mais abrangentes de justiça ambiental e o estabelecimento de relações íntimas entre a identidade dos povos indígenas, seu pertencimento territorial e sua conexão psíquica, material e espiritual com o meio ambiente.

Ao se debruçar, por exemplo, sobre o direito de propriedade desses grupos, a Corte já reconheceu a necessidade de proteção de uma propriedade coletiva de comunidades indígenas. Preza-se, portanto, pela utilização de uma interpretação extensiva do art. 21 da Convenção, de modo a se abarcar a pluralidade inerente à realidade multicultural que permeia o continente americano – resguardando-se, nas palavras dos magistrados, uma proteção comunal da propriedade.[24] Proteção essa alinhada aos costumes e modo de vida das populações tradicionais.

Nesse sentido, tem-se que: "É devido a esse esforço hermenêutico da Corte, que segundo entendemos, que a sentença reconheceu a aplicação de um direito eminentemente civil (propriedade) com uma noção social/coletiva [...]".[25] Além disso, reconheceu-se também a necessidade de se abandonar uma abordagem ocidentalizada quando analisados os direitos de propriedade de comunidades tradicionais –desvencilhando-se de uma perspectiva individualista de mercado que normalmente predomina nas análises.[26]

Possibilita-se, a partir desse ponto de vista, o desenvolvimento de um processo de empoderamento dos grupos tradicionais por meio da expansão da tutela jurisdicional. Assim, vê-se que:

> O reconhecimento do território como elemento integrante da identidade indígena gera uma perspectiva preservacionista da propriedade. Uma vez dependentes da preservação e do manejo dos recursos naturais, os povos e comunidades tradicionais se tornam atores de uma verdadeira proteção ambiental.[27]

[24] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: https://bit.ly/3iPbLqN. Acesso em: 10 maio 2020.

[25] FRANCO NETO, Laercio Dias; BASTOS, Dafne Fernandez de. O processo e o direito coletivo no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 249-261, 2013. p. 257.

[26] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. "Greening" the Inter-American human rights system. *L'Observateur des Nations Unies*, Aix-em-Provence, v. 33, n. 2, p. 299-313, 2013.

[27] FERNANDES, Lorena. *Greening no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: a consolidação da justiça ambiental através da defesa dos povos e comunidades tradicionais. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018. p. 71.

Em 2017, a Corte foi além nos seus esforços de proteção ao meio ambiente: na Opinião Consultiva nº 23 (OC-23/17), inseriu o direito ao meio ambiente saudável em sua jurisdição. Embora este direito esteja expressamente consagrado no art. 11 do Protocolo de San Salvador, o art. 19(6) desse mesmo instrumento limita a aplicação do sistema de petições individuais do Sistema Interamericano aos direitos sindicais (art. 8) e ao direito à educação (art. 13).

Contudo, na OC-23/17, a Corte afirma que o direito ao meio ambiente saudável deve ser incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo art. 26 da Convenção Americana, remetendo ao dispositivo sobre desenvolvimento progressivo, em que os Estados-Partes se comprometem a adotar providências "a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais [...], por via legislativa ou por outros meios apropriados".[28]

Com isso, a Corte "reitera a interdependência e indivisibilidade que existe entre os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais, [...] exigíveis em todos os casos perante as autoridades competentes para tanto".[29]

> A consequência desse raciocínio é que o direito a um meio ambiente saudável agora pode ser litigado diretamente perante o CIDH como um direito autônomo – uma situação ainda não prevista em outros sistemas de direitos humanos. Para ser franco, por meio deste parecer, a Corte ampliou sua jurisdição para julgar um direito não originalmente previsto na CADH.[30]

Nessa mesma opinião consultiva, a Corte ainda avança, sem embargo, em questões complexas, como a aplicação extraterritorial dos direitos humanos, normalmente suscitada apenas quando o Estado exerce jurisdição ou controle sobre pessoas ou território no exterior, precedentes que guardam pouca semelhança com questões ambientais.[31] A OC-23/17, entretanto, declarou que "a 'jurisdição' a que se refere o art. 1.1 da Convenção Americana não se limita ao território nacional

[28] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://bit.ly/2ZS1YaJ. Acesso em: 6 abr. 2020.

[29] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 23 solicitada pela República da Colômbia sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos de 15 de Novembro de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

[30] LIMA, Lucas Carlos. The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments. *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, v. 3. p. 497. Tradução nossa.

[31] Cf. BOYLE, Alan, Heike. Climate change, sustainable development, and human rights. *In*: KALTENBORN, Markus; KRAJEWSKI, Markus; KUHN, Heike (Ed.). *Sustainable development goals and human rights*. Cham: Springer, 2020.

de um Estado, mas contempla as circunstâncias em que a conduta extraterritorial dos Estados constitui um exercício de jurisdição desse Estado".[32]

Na seara de ampliação da tutela e proteção de direitos coletivos, cita-se também a tratativa dos direitos da criança empenhada pela Corte. Dentro dessa temática, é possível se identificar a interpretação extensiva do direito à vida com vias a alargar a proteção da dignidade: reconheceu-se não só o direito de cada indivíduo a estar vivo, mas também uma dimensão positiva desse direito, que abrange o direito de acesso a condições mínimas para uma vida digna. Nesse sentido, a Corte determinou, no caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*:

> Quando os Estados violam, nesses termos, os direitos das crianças em situação de risco, como as "crianças da rua", eles os fazem vítimas de uma dupla agressão. Em primeiro lugar, os Estados não impedem que sejam postos à miséria, privando-os assim de condições mínimas de vida digna e impedindo-as de "desenvolver sua personalidade plena e harmoniosamente", apesar de toda criança ter o direito de conduzir um projeto de vida a ser resguardado e fomentado pelos poderes públicos para que possa ser desenvolvido em seu beneficio e em beneficio da sociedade a que pertence. Em segundo lugar, atentam contra sua integridade física, psíquica e moral, e também contra sua própria vida.[33]

Nessa mesma linha, a Corte já delineou a necessidade de salvaguarda de direitos sociais das crianças ao estabelecer a noção de projeto de vida – de forma a condicionar a proteção do direito à vida à necessidade de preservação da saúde e da educação de crianças em programas de detenção.[34] Reconheceu-se a noção de projeto de vida – e de garantia do desenvolvimento progressivo – também no que

[32] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 23 solicitada pela República da Colômbia sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos de 15 de Novembro de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

[33] No original: "Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad", a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em: https://bit.ly/3iWJ3UM. Acesso em: 15 maio 2020).

[34] PAES, Letícia da Costa. *A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

se refere a comunidades indígenas que sofreram com a expulsão de suas terras e com a privação de condições de dignidade.[35]

Por fim, é possível se notar um caráter progressivo na proteção de direitos coletivos e direitos sociais e econômicos nas ações empreendidas pela Comissão. Os relatórios anuais, por exemplo, contêm informes específicos sobre a situação de direitos humanos de determinados grupos vulneráveis – informes esses que mapeiam as condições continentais e estabelecem recomendações e diretrizes de ação a serem acatadas pelos estados como guias de ação.[36]

Além dos informes, destaca-se a elaboração de um documento com as diretrizes para a preparação de indicadores de progresso na área de direitos sociais, econômicos e culturais. Por meio dessa espécie de relatoria, a CIDH estabelece propostas de monitoramento desse grupo de direitos a serem acatadas pelos Estados e adaptadas à realidade pátria.[37]

2 Limites formais cingidos

A atuação progressista e, em certa medida, insurgente dos órgãos do Sistema Interamericano não está restrita à interpretação material de suas fontes formais, mas também se manifesta nas transformações procedimentais encampadas por estes órgãos. No que tange à questão de acessibilidade dos indivíduos ao Sistema Interamericano, nesse contexto, é necessário traçar algumas considerações. Colocado como instrumento de proteção efetiva dos direitos humanos, o Sistema Interamericano somente tem capacidade de promover o empoderamento popular se for acessível aos indivíduos vítimas de violações.

Assim, não basta que o aparato institucional seja formalmente constituído, ele deve ser materialmente disponível e acessível. Deve, mais uma vez, ser capaz de adaptar-se à realidade americana, sabidamente permeada por padrões de desigualdade que impedem o efetivo acesso da maioria dos cidadãos aos aparatos político-legais – alegadamente à sua disposição. Por isso, além de se colocar como instrumento capaz de garantir os direitos humanos em litígio, deve ser hábil a transpor as barreiras existentes nas Américas para a materialização de condições

[35] PAES, Letícia da Costa. *A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

[36] Como forma de exemplificação, Cf. INFORME Anual 2019 de la CIDH. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 24 fev. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iXT7wI. Acesso em: 15 maio 2020.

[37] ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Guidelines for preparation of progress indicators in the area of economic, social and cultural rights*. Washington, 19 jul. 2008. Disponível: https://bit.ly/2ZkaO1J. Acesso em: 20 maio 2020.

de igualdade de acesso ao Sistema – possibilitando, assim, o alcance de patamares mais elevados de justiça social.

A escolha do Sistema Interamericano pela necessidade de esgotamento das vias internas, nesse contexto, reflete a valorização da soberania estatal em detrimento do acesso irrestrito aos instrumentos internacionais de proteção. Esse requisito faz com que cada Estado tenha a prioridade no enfrentamento doméstico das problemáticas que têm como pano de fundo seu próprio território.

Essa regra da exaustão, apesar de se demonstrar necessária para a manutenção do Sistema, não pode, no entanto, representar obstáculo responsável por sobreonerar o direito de peticionar dos indivíduos. Em outros termos, a exigência de utilização dos meios disponíveis para resolução da demanda de maneira interna não quer dizer que o peticionário deve realizar esforços desproporcionais para tentar alcançar a resolução do caso. Quer dizer, na verdade, que o Estado deve ter tido a oportunidade de solucionar a controvérsia que se põe antes de vê-la submetida à jurisdição internacional.[38]

Importante se destacar que o art. 31 do Regulamento elenca três situações de exceção na aplicação do referido requisito de esgotamento, quais sejam: quando não vigora na legislação do Estado o devido processo legal; quando ao peticionário não é possibilitada a obtenção dos meios de acesso devidos aos recursos; e quando há atraso injustificado nas decisões judiciais sobre o caso.[39]

Além de tais exceções legalmente previstas, destaca-se a possibilidade de isenção da comprovação do esgotamento naqueles casos em que o indivíduo não tem condições econômicas de arcar com os custos necessários para a postulação da demanda jurídica. Essa exceção é de grande importância, uma vez que garante a materialização do princípio da igualdade, possibilitando que peticionários socioeconomicamente vulneráveis tenham a possibilidade de exercer seu direito de ação no ambiente interamericano.

Vale ressaltar que não apenas esta última hipótese, mas todas as exceções ao esgotamento prévio representam sinônimo de avanços do Sistema na proteção efetiva dos direitos humanos. Vez que elencam situações que poderiam ser impeditivos definitivos à possibilidade de busca por dignidade por determinados cidadãos – tanto em razão de suas vulnerabilidades socioeconômicas, quanto em decorrência da situação política de seu Estado. Analisando por esse ponto de vista, o cuidado do SIDH na tratativa das exceções representa sua empreitada pela

[38] PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

[39] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. San José, 13 nov. 2009. Disponível em: https://bit.ly/38LzOIQ. Acesso em: 25 abr. 2020.

garantia de abertura do Sistema e, assim, expansão de sua possível capacidade emancipatória.

> [...] quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que *tendem* a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito (os quais, se temos a suficiente correlação de forças parlamentares, veremos garantidos em normas jurídicas). Quer dizer, ao lutar por ter acesso aos bens, os atores e atrizes sociais que se comprometem com os direitos humanos colocam em funcionamento práticas sociais dirigidas a nos dotar, todas e todos, de meios e instrumentos – políticos, sociais, econômicos, culturais ou jurídicos – que nos possibilitem construir as condições materiais e imateriais necessárias para poder viver.[40]

Ressalta-se que a questão da acessibilidade não se limita à possibilidade de propor demandas jurídicas perante o Sistema. Estende-se também a participação das vítimas ao longo do processo. Nesse sentido, os regulamentos da Corte assumiram extrema relevância ao delimitarem parâmetros progressivos de participação individual nos procedimentos judiciais – criando um meio extraconvencional de aumentar o protagonismo das vítimas no SIDH.

No Regulamento de 1991, estabeleceram-se, entre elas, as medidas de consulta dos peticionários e da vítima nos casos de proposta de solução amistosa das demandas e de participação desses na proposição de medidas reparatórias. Esta última providência foi reforçada pelo Regulamento de 1996, que designou não só a participação ativa das partes na fixação das reparações de violações, como também marcou a necessidade de comunicação das vítimas e peticionários acerca de atos processuais relevantes para o andamento do processo.

A consideração da vítima como parte foi, por sua vez, formalmente regulamentada no ano de 2000, quando se ampliou o espectro de sua participação ao longo de todo o processo, possibilitando a assunção de uma postura ativa por parte daqueles que tiveram seus direitos humanos violados. Mais medidas de participação, como a possibilidade de requerer medidas provisórias e a especificação de meios de proteção e atenção à vítima, foram estabelecidas pelos regulamentos dos anos seguintes.[41]

---

[40] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 29, grifo do autor.

[41] OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1455-1506, 2017.

Por meio da observação dos regulamentos, vê-se que a materialização de condições de maior participação popular assume extremo relevo na democratização dos procedimentos perante o Sistema Interamericano. Nessa toada, percebe-se que, quanto maior a possibilidade de participação e influência popular no seio dos órgãos do SIDH, maior sua capacidade de promoção do empoderamento dos cidadãos americanos. Haja vista que, dessa forma, o Sistema posiciona-se como plataforma de voz e protagonismo de indivíduos marginalizados por seus próprios Estados – indivíduos que deixam de ocupar uma posição de observadores do Sistema para integrarem a dinâmica processual de busca por materialização da dignidade.

Esses avanços, porém, não significam uma superação dos limites institucionais inerentes à própria natureza interestatal do Sistema. Tais limitações continuam sendo empecilhos à materialização efetiva dos direitos humanos no continente americano, podendo, com isso, barrar a efetivação de suas tendências emancipatórias.

Grande parte das limitações institucionais do SIDH recaem nas bases tradicionais sob as quais ele foi construído. Esse tradicionalismo é expresso, entre outras razões, pela dependência que o Sistema possui para com os Estados e seus respectivos interesses políticos. Exemplo dessa situação pode ser observado nos tipos de proteção oferecidos: o Sistema conta com diferentes níveis de proteção dos direitos humanos a depender da escolha do nível de comprometimento de cada Estado. Essa aceitação de graus diferentes de proteção acaba gerando uma desigualdade na própria possibilidade de emancipação do Sistema. Deste modo, os cidadãos dos Estados que ainda não ratificaram a Convenção Americana ou que, de outra forma, não reconheceram a competência da Corte, podem ter suas possibilidades de ação – pela exigência da materialização dos direitos humanos – reduzidas.[42]

Dos 35 Estados-Membros da OEA, 12 não ratificaram a Convenção Americana e 15 não reconhecem a competência da Corte para julgamento das demandas. Essa falta de universalização dos instrumentos de direitos humanos do SIDH prejudica de forma direta os empreendimentos com potencial emancipatório do Sistema. Nos países em que o modelo de proteção é mitigado, nota-se menor número de protocolamento de petições em casos de violação de direitos humanos, bem como menos requisições para realização de visitas *in loco* pela Comissão – muito relevantes para averiguar a situação de direitos humanos no país e estabelecer recomendações.[43]

[42] DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011.

[43] ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Considerations related to the universal ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties*. Washington, 14 ago. 2014. Disponível em: https://bit.ly/2DzpLof. Acesso em: 3 mar. 2020.

Nesse contexto, é importante se esclarecer que essa proteção enfraquecida em determinados Estados faz com que a situação de vulnerabilidade de determinados grupos já marginalizados se agrave ainda mais. Destacam-se os indivíduos impactados pelas divisões sociais excludentes de gênero, raça e classe. Sobre isso, manifestou-se a Comissão:

> Essa preocupação é particularmente importante em relação a grupos, setores e comunidades que estiveram historicamente sujeitas à discriminação ou a situações de exclusão baseadas em fatores de risco como sexo, gênero, raça, etnia, posição econômica e outras características. O Sistema Interamericano tem sido usado como um importante fórum para o desenvolvimento jurisprudencial em benefício de setores e comunidades que sofreram discriminações históricas, como mulheres e populações indígenas – mas tem capacidade limitada para estabelecer padrões relevantes nessa área em países onde nem todos os instrumentos americanos foram ratificados.[44] (Tradução nossa)

Outrossim, diversos demonstrativos de uma lógica hegemônica – que marca certos aspectos do Sistema – podem ser observados na ausência de preocupações com a diversidade de seu órgão jurisdicional. Nesse sentido, nota-se uma falta de representatividade na composição dos juízes da Corte. Isto ocorre, pois, apesar de se exigir a presença de diferentes nacionalidades entre os sete juízes do órgão,[45] não há significante pluralidade na composição das vagas. Dessa forma, mesmo que as posições sejam ocupadas por indivíduos com diferentes experiências e originados de contextos distintos, elas muitas vezes não representam suficientemente a diversidade inerente à realidade americana.

---

[44] No original: "This concern is particularly important as regards groups, sectors, and communities that have historically been subject to discrimination or situations of exclusion based on risk factors such as their sex, gender, race, ethnicity, economic positions, and other traits. The inter-American system has been used as an important forum for developing jurisprudence benefiting sectors and communities that have endured historical discrimination such as women and indigenous peoples, but has had limited capacity to set relevant standards in this area in countries where not all the inter-American instruments have been ratified" (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Considerations related to the universal ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties*. Washington, 14 ago. 2014. p. 20. Disponível em: https://bit.ly/2DzpLof. Acesso em: 3 mar. 2020).

[45] "Artigo 4. Composição: 1. A Corte é composta de sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. 2. Não deve haver mais de um juiz da mesma nacionalidade" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz, 1979. Disponível em: https://bit.ly/3iUaWg9. Acesso em: 13 abr. 2020).

Deixa-se de lado, portanto, uma perspectiva que proporcione maior representatividade. Ao se exigir os padrões mais altos de estima e conhecimento para ocupação dos cargos, o SIDH desconsidera que a divisão de oportunidades materiais e o acesso aos saberes nas Américas ocorrem de forma marcadamente excludente e desigual. Não se atenta, portanto, para a realidade de distribuição de poder nas sociedades – que opera por dominações de raça, gênero e classe.

> O importante para garantir a diversidade não é simplesmente garantir a diversidade de nacionalidades dos juízes que integram as cortes (tribunais) internacionais. De nada adianta a existência de juízes de diferentes nacionalidades se estes juízes estão falando do mesmo lugar. Nada muda se juízes mexicanos, brasileiros, franceses, ingleses, indonésios, angolanos ou qualquer outra nacionalidade participam de tribunais internacionais, se estas pessoas, estes juízes estão falando do mesmo lugar, da mesma tradição teórica, da mesma percepção do mundo. Um tribunal internacional neste sentido moderno é muito pobre, pois a diversidade se resume a um aspecto formal de nacionalidades distintas. Quando falamos em diversidade, estamos falando em compreensões de mundo diferentes, em paradigmas distintos, em epistemologias e filosofias diversas.[46]

Ainda em se tratando da temática de limitações institucionais, é importante frisar que, apesar de ter empreendido avanços significativos nos últimos tempos, a OEA ainda exterioriza sua natureza de criação imperialista em algumas questões de direitos humanos. Grande exemplo da situação descrita é visto na própria Carta da organização. O art. 2º do referido diploma normativo se propõe a elencar os propósitos essenciais da organização[47] e, dentro deles, não se faz constar a defesa dos direitos humanos.[48] Foi feita a escolha por um documento independente para tratar do tema, com o caráter inicial meramente declaratório, que veio a ser conhecida como Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.[49] Somente vinte

[46] MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 110.

[47] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Direito Internacional. Secretaria de Assuntos Jurídicos. *Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)*. Bogotá, 30 abr. 1948. Disponível em: https://bit.ly/38NqDkR. Acesso em: 3 maio 2020.

[48] DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011.

[49] "Em Bogotá, como fica claro no Preâmbulo da Declaração, a Declaração foi concebida como um primeiro passo que deveria ser completado posteriormente por um instrumento convencional, que estabeleceria as obrigações dos Estados, determinaria os órgãos de aplicação e execução e especificar as sanções para a violação das normas internacionais. Esta fórmula exclusivamente declarativa não foi adotada por unanimidade. Bolívia, Colômbia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras e Uruguai votaram a favor

anos depois veio a ser celebrado o instrumento convencional com obrigações que vinculavam os Estados juridicamente. Nesse âmbito, apesar do presente trabalho adotar uma perspectiva sobre direitos humanos que considera essa classe de direitos como processos de luta pela dignidade – não sendo resumidos unicamente aos dispositivos legais –, entende-se que a formalização normativa de tais direitos em esfera internacional é simbólica para a consolidação das condições de dignidade.

Outro limite institucional relevante que merece destaque remete aos índices de cumprimento das medidas da Comissão e das decisões sentenciadas pela Corte ao fim do julgamento de mérito dos casos. Essas últimas são fixadas pelos juízes como forma de estabelecer um critério de reparação (e não repetição) da violação de direitos humanos perpetrada pelo Estado e podem ser expressas de diversas formas – abrangendo desde a fixação de quantias monetárias a serem pagas até ordens de investigação interna das violações, criação de organismos de amparo social e pedidos públicos de desculpas, por exemplo. Assim: "Quase que por definição, o *compliance* requer mudança no *status quo*. Quando a Corte delibera que um Estado violou os direitos humanos de seus constituintes, a Corte exige que esses Estados tratem a violação em múltiplos níveis".[50]

Dentro dessa perspectiva é que se destacam os relatórios de cumprimento das medidas. Tais relatórios são desenvolvidos a partir de contatos diretos dos funcionários do Sistema com as partes da controvérsia de direitos humanos – tanto as vítimas, quanto o Estado violador sujeito às medidas – bem como com a Comissão Interamericana. Além dessa rede de comunicação, os relatórios se utilizam de declarações de especialistas, de visitas em campo e, possivelmente, de audiências com o referido Estado – tudo isso a fim de se investigar o *status* atual de cumprimento das disposições para reparação das violações.[51]

Ainda em se tratando das mudanças de comportamento do Estado-Réu, interessante notar que não é apenas por meio das decisões da Corte que o Sistema Interamericano consegue cumprir com seus objetivos. Nesse sentido é que se destacam as recomendações da Comissão. Realizadas através do relatório do art. 50 – antes da submissão do caso à Corte –, tais recomendações assumem extrema

de um Tratado. Alguns votos contra a fórmula convencional, como os do Chile, Costa Rica e Venezuela só podem ser explicados pela natureza do governos que estavam então naqueles países" (GROS ESPIELL, Hector. La declaración americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la fiolosfía y el derecho americano. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, p. 41-64, 1989. p. 54-55).

[50] No original: "Almost by definition, compliance requires changing the status quo. When the Court finds that a state violated the human rights of its constituent(s), the Court requires states to address the violation on multiple levels" (HILLEBRECHT, Courtney. *The domestic mechanisms of compliance with international human rights law*: case studies from the Inter-American human rights system. Disponível em: https://bit.ly/3fwuuVV. Acesso em: 24 abr. 2020. p. 4. Tradução nossa).

[51] STATON, Jeffrey K.; ROMERTO, Alexia. *Clarity and compliance in the Inter-American human rights system*. 12 fev. 2011. Disponível em: https://bit.ly/2OreQz8. Acesso em: 17 abr. 2020.

relevância, pois dão a oportunidade de resolução da violação de direitos humanos antes de sua divulgação em meio internacional e submissão à jurisdição da Corte. Por tal motivo, o acompanhamento de seu cumprimento deve ser estritamente observado. Sobre a importância do acompanhamento das medidas e decisões, manifestou-se a Comissão:

> Os Mecanismos Especiais de Acompanhamento facilitam uma análise mais holística das decisões e recomendações da CIDH, dão exposição pública ao caso ou à situação e proporcionam uma sistemática de acompanhamento periódico do tema ou país, o que resulta em um acompanhamento mais profundo e focado por parte da CIDH, bem como um melhor acompanhamento dos resultados.[52]

Mesmo assim, apesar do empenho da CIDH no acompanhamento, o cumprimento das decisões e medidas é ainda uma das áreas de grande fragilidade do Sistema Interamericano. Nesse sentido, seja por ausência de mecanismos internos de efetivação das decisões, seja pela influência da agenda política nacional, a inação dos Estados representa grande óbice à materialização dos parâmetros de dignidade humana consolidados pelo SIDH.

O Brasil pode ser visto como um exemplo de Estado que não possui um aparato interno para dar cabo às decisões da Corte e recomendações da Comissão. O país carece de mecanismos pátrios eficazes para seguir as diretrizes fixadas, de forma a deixar que as temáticas de direitos humanos analisadas pelo SIDH dependam da vontade e das intenções dos agentes políticos envolvidos em sua materialização. Essa tendência contraria a necessidade de articulação de um aparato institucional sólido que se comprometa com a incorporação das medidas e, assim, aumente a imprevisibilidade de solução das demandas.[53]

A dificuldade de obtenção de índices satisfatórios de cumprimento de medidas pode ser analisada, também, pela perspectiva dos tipos de recomendações e decisões exigidas pelo Sistema. Nesse contexto, denota-se que as medidas relativas à reparação pecuniária apresentam maiores graus de adimplemento quando comparadas àquelas medidas referentes a obrigações de fazer do Estado – como as reformas legislativas, as ações de conscientização e a investigação e

[52] CIDH informa resultados inéditos de seu trabalho em 2018 e apresenta o relatório de progresso do segundo ano de implementação do Plano Estratégico durante 2018. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 15 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/32fTM6O. Acesso em: 6 abr. 2020.

[53] VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*: institucionalização e política. São Paulo: Direito GV, 2013.

punição interna dos responsáveis pela violação – que encontram menores níveis de cumprimento.[54]

Isso se dá uma vez que estas últimas normalmente representam ações que perpassam a estrutura de poder e capital político do Estado – estando submetidas, então, à influência de diversas variáveis de interesses internos. Um estudo baseado na análise de 112 julgamentos demonstra essa tendência de (in)satisfação das medidas: entre aquelas que demandam compensação monetária, 65% foram totalmente adimplidas; já as medidas que exigem a condenação dos violadores de direitos humanos no âmbito interno demonstraram cerca de apenas 3% de cumprimento total e 28% de cumprimento parcial; por fim, as medidas de adaptação do quadro legislativo doméstico apresentam, também, baixos níveis de satisfação pelos Estados – apenas 31% de cumprimento total.[55]

Esses índices de cumprimento das medidas fixadas pelo Sistema demonstram o frágil interesse por parte dos Estados na assunção de compromissos internacionais materiais em temáticas de direitos humanos. Percebe-se, então, que mesmo após a apreciação de sua situação pelo SIDH, um número considerável de vítimas pode continuar desamparado na esfera interna – haja vista que os Estados se contentam com a fixação de obrigações meramente formais e, na maioria das vezes, não se veem realmente compelidos a integralizar efetivamente as diretrizes à estrutura pátria e, com isso, evitar a ocorrência de violações parelhas futuras.

É nesse sentido que a pressão popular e internacional assume importante papel. Por meio do engajamento popular na busca de responsabilização dos violadores, os Estados podem ver-se mais coagidos a adotar as medidas e decisões tomadas no seio do Sistema Interamericano. Em outros termos:

> Continuo a acreditar que a pressão interna dos Estados prossegue sendo fundamental para melhorar o *compliance* com as sentenças da Corte. Uma sociedade civil consciente que reconhece a importância da proteção subsidiária de direitos humanos oferecida pelo Sistema Interamericano é vital para pressionar os Estados a cumprir com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. De fato, os governos seriam forçados a adotar todas as medidas cabíveis para cumprir com as ordens da Corte se o apoio político do público

[54] BASCH, Fernando *et al*. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 9-35, 2010.

[55] GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 13, n. 13, p. 93-114, 2013.

> dependesse das atitudes anteriores no que tange ao cumprimento de obrigações de direitos humanos.[56]

Pensando nesse sentido e reconhecendo a importância do envolvimento da sociedade civil no acompanhamento dos Estados, a Comissão criou uma plataforma online de sistematização das recomendações do Sistema Interamericano: o Simore.[57] Por meio dessa plataforma, os indivíduos podem acessar as recomendações e pesquisá-las por época, por mecanismo, por população, por tema e por estágio de cumprimento. A CIDH assim o define:

> É um mecanismo de responsabilidade, transparência, participação e acesso à informação, que facilita o acompanhamento de recomendações, fortalece as capacidades de monitoramento de medidas e promoção do cumprimento de obrigações internacionais e relata progressos e desafios para a proteção dos direitos humanos nos países da região.[58]

Para que atinja patamares de eficiência, no entanto, a plataforma precisa ser divulgada nos âmbitos nacionais, de forma a se tornar acessível e publicizada. Nessas condições, talvez a cooperação de *multistakeholders* se torne possível, de forma a aumentar a presença do Sistema nas políticas internas dos Estados-Membros.

3 Potencial emancipatório e a ambivalência do Sistema Interamericano

Assim como já explicitado anteriormente, os direitos humanos são efetivados na medida em que se empreendem as lutas por dignidade. Nesse sentido, tem-se,

[56] No original: "I continue to believe that the pressure from within States remains fundamental for improving the compliance of the Court's judgments. A conscientious civil society that acknowledges the importance of the subsidiary protection of human rights offered by the Inter-American System is vital for pressurising the States to comply with their international obligations concerning human rights. Indeed, governments would be forced to take every possible step to comply with the Court's orders if the political support of the public depended on the former's attitude towards complying with human rights obligations" (GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 13, n. 13, p. 93-114, 2013. p. 108. Tradução nossa).

[57] Para acessar a ferramenta, Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *SIMORE Interamericano*. Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/32grKbn. Acesso em: 6 maio 2020.

[58] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *SIMORE Interamericano*. Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/32grKbn. Acesso em: 6 maio 2020.

como um de seus fins mais elementares, a promoção do empoderamento do cidadão e, por meio disso, o estabelecimento de uma postura emancipatória.

Nesse ponto, cumpre-se dizer que essa associação entre liberdade e emancipação se apresenta como central na discussão dos direitos humanos – aliando-se à noção de reconhecimento. Isso porque a possibilidade de exercício da liberdade individual se liga à possibilidade do exercício da liberdade do outro, de tal forma que:

> a nossa liberdade começa onde e quando começa a do outro. Ele reclama a nossa liberdade para poder exercer a sua; e nós reclamamos a sua liberdade para exercermos a nossa. Por conseguinte, *quanto mais experimentemos a nossa liberdade, mais reconhecemos a do outro*.[59]

Logo, o empreendimento de práticas emancipatórias coloca-se como indispensável ao engajamento de uma cultura embasada no reconhecimento – aqueles que empreendem suas lutas por dignidade alcançam um nível maior de emancipação e liberdade, de forma a transmitirem uma concepção de liberdade recíproca, que incentiva, ainda mais, a busca por igualdade de condições de vida em dignidade – constituindo um ciclo virtuoso. Ciclo este alimentado pelo exercício dos direitos humanos e marcado pela desestruturação dos processos desiguais hegemônicos que regem as relações na atualidade.

Assim:

> Quando um grupo determinado de pessoas ou um movimento social alternativo que encaminha a ação deles em uma direção diferente à imposta pela ordem hegemônica alcançam essa posição de força que lhes permite falar em sua própria *linguagem*, estamos nos aproximando de algo muito importante para uma teoria crítica dos direitos humanos: o empoderamento cidadão.[60]

A partir do empoderamento dos indivíduos, torna-se possível o desenvolvimento das capacidades humanas, bem como o emprego dos direitos humanos na materialização de condições de protagonismo dos sujeitos para a reivindicação de melhores condições de vida.

---

[59] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 104-105, grifo do autor.

[60] FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 56, grifo do autor.

Aplicando essa perspectiva à análise do Sistema Interamericano, entende-se que, por pautar-se majoritariamente em produções normativas internacionais tradicionais, o Sistema Interamericano não é um órgão crítico em si. Como buscou-se demonstrar, a construção do Sistema sob premissas de ordem hegemônica o torna um aparato contido pela natureza da lógica interestatal. Todavia, apesar de não ter o condão de se apresentar como essencialmente crítico, foi-se visto anteriormente que o Sistema em questão pode ser abordado como um instrumento em constante transformação que busca agir pela consolidação dos direitos humanos na realidade americana.

Nesse âmbito, resta ainda um ponto a se responder: em que medida essa ação do Sistema Interamericano pela proteção dos direitos humanos apresenta-se como uma alternativa de empoderamento popular com tendências emancipatórias?

Para tanto, torna-se importante estabelecer uma ressalva: até aqui, o trabalho tem se utilizado dos preceitos de emancipação fixados, com louvor, pelo teórico Joaquín Herrera Flores. No entanto, a partir desse ponto, os argumentos desenvolvidos se descolam, de certa forma, da teoria desse autor. Isso porque Flores compreende um sistema de bases tradicionais westfalianas – como o SIDH – como incapaz de empenhar atividades com cunho verdadeiramente emancipatório. Apesar de reconhecer a relevância dos argumentos do autor, a hipótese a ser trabalhada aqui toma outro caminho, de forma a reconhecer, com ressalvas, a existência de uma atitude do Sistema que dá sinais de sua transfiguração rumo à promoção da emancipação humana.

Nesse sentido, de acordo com os critérios previamente delineados, pode-se inferir que o Sistema Interamericano cumpre com seu papel de empoderamento se for capaz de formar uma estrutura que dê voz aos cidadãos americanos negligenciados por seus próprios Estados e pela dinâmica de mercado atual. Para além disso, não se pode esquecer que, na aferição do potencial emancipatório, deve-se levar em conta o recorte interseccional, que analisa as desigualdades de maneira a considerar as interações entre diferentes fontes identitárias.[61] Distancia-se, assim, de uma visão neutra dos fenômenos sociais, que peca por ignorar o contexto e as diversas assimetrias de poder e acesso marcadamente influentes na formação da realidade dos indivíduos americanos marginalizados.[62]

[61] HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014.

[62] Nesse mesmo sentido, tem-se que: "A identidade individual e a identidade de grupo são ambas complexas – influenciadas e moldadas não simplesmente pela raça, classe, etnia, gênero, capacidade física, sexualidade, religião ou nacionalidade – mas por uma combinação de todas essas características" (DILL, Bonnie Thornton; ZEMBRANA, Ruth Enid. Critical thinking about inequality: an emerging lens. *In*: DILL, Bonnie Thornton; ZEMBRANA, Ruth Enid (Ed.). *Emergins intersections*: race, class, and gender in teory, policy, and practice. New Brunswick: Rutgers University Press, 2009. p. 6. Tradução nossa).

Dessa forma, para dar vazão ao potencial emancipatório, o Sistema Interamericano deve se colocar a serviço de uma realidade complexa: não dando voz apenas àqueles indivíduos que já estão nos espaços tradicionais de tomada de decisões sociais e políticas, mas sim operando de modo a abranger todos aqueles marginalizados pelas divisões excludentes de gênero, raça e classe. Importante compreender, porém, que o potencial emancipatório do SIDH, bem como seu sucesso na proteção dos direitos humanos, é condicionado à colaboração dos Estados-Partes da OEA. Isto posto, sabe-se que o apoio político – e financeiro – dos Estados é quesito basilar para a sobrevivência desse aparato de proteção dos direitos humanos.[63]

Nesse diapasão, nota-se que a efetividade dos trabalhos do Sistema é pautada pela sua própria capacidade de conciliar os interesses institucionais dos Estados com a necessidade de proteção da dignidade e o empoderamento dos cidadãos americanos. A adoção de uma estratégia de ação ambivalente torna-se extremamente necessária, tendo em vista que se parte da premissa segundo a qual, de um modo geral, os Estados apenas se comprometem com deveres internacionais que lhes pareçam benéficos dentro de uma lógica de custo-benefício.[64]

Assim, faz-se possível perceber que a decisão pela aderência ou não a um regime de direitos humanos tem como uma de suas razões a existência de um jogo de interesses. Em outros termos: "Os Estados cumprem com os tratados contanto que os benefícios excedam os custos, e enquanto cada um deles teme que, se violar o tratado, outro Estado retaliará fazendo o mesmo".[65] A título de exemplificação da "corda bamba" em que se situa o Sistema Interamericano, destaca-se o posicionamento da própria Corte, que em um de seus julgados já estabeleceu que a Convenção deve "ser interpretada em favor do indivíduo, que é o objeto da proteção internacional, contanto que essa interpretação não resulte em modificação do Sistema".[66]

Da leitura do trecho, vê-se que a Corte, apesar de adotar a perspectiva *pro homine* em sua interpretação da sistemática jurídica, em última instância, acaba tendo que zelar pela própria manutenção do Sistema. Ou seja, ao mesmo tempo

[63] Nesse sentido, cf. PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

[64] Para mais informações na discussão, cf. POSNER, Eric A. *The twilight of human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[65] "The states comply with the treaty as long as the benefits exceed the costs, and as long as each state fears that if it violates the treaty, the other state will retaliate by doing the same" (POSNER, Eric A. *The twilight of human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 59. Tradução nossa).

[66] No original: "[...] be interpreted in favor of the individual, who is the object of international protection, as long as such an interpretation does not result in a modification of the system" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Viviana Gallardo et al. Advisory Opinion No. G 101/81*. Decisão de 13 de novembro de 1981. Disponível em: https://bit.ly/2OrBebV. Acesso em: 3 maio 2020).

em que garante a atuação do Sistema em favor dos indivíduos marginalizados (zelando pela aplicação do entendimento mais favorável à vítima), a Corte estabelece certos campos limítrofes a essa interpretação, como forma de resguardar a manutenção dos moldes institucionais do Sistema. Isso ocorre vez que o Sistema Interamericano tem como pressuposto o fato de que um arcabouço de proteção de direitos humanos desse porte somente gozará da devida efetividade – como demonstrado anteriormente – caso seja capaz de obter a colaboração dos Estados.

Vista por esse ângulo, a falta de envolvimento dos Estados é capaz de gerar, em grande parte dos casos, menores níveis de implementação doméstica das determinações e decisões tomadas pelo Sistema Interamericano. Torna-se clara, assim, a dependência do Sistema Interamericano para com os Estados – que, ao final, serão os responsáveis por dar efetividade interna às orientações para proteção dos direitos humanos.

Denota-se, também, que o envolvimento dos Estados é essencial para a promoção de um processo de democratização dos direitos humanos nas Américas, visto que é na prática político-jurídica interna dos Estados que estes poderão se aproximar cada vez mais dos posicionamentos assumidos pela Corte e das deliberações do Sistema Interamericano como um todo e, assim, ampliar o exercício da cidadania em seus territórios.[67] Em outros termos, é a partir da aprovação de leis domésticas de proteção aos direitos humanos e da compatibilização dos julgamentos internos com as normativas e a prática jurídica interamericana que a proteção dos direitos humanos nas Américas poderá ser ampliada e mais efetiva.

Por outro lado, a abertura do Sistema Interamericano assume papel relevante na representatividade de grupos excluídos da narrativa social. Nesse âmbito, a existência de um sistema regional de proteção dos direitos humanos seria responsável por possibilitar a participação desses grupos na construção e adaptação do processo de garantia de dignidade humana – ou seja, na própria dinâmica de consolidação dos direitos humanos. Isto pois, ao exercerem seu direito de ação e proporem demandas para a Comissão de Direitos Humanos, os indivíduos podem vir a ser encaminhados para a Corte para terem suas pretensões analisadas e – caso procedentes – consolidadas em esfera internacional. Além, é claro, de sua possibilidade de participação nas empreitadas da Comissão.

A dinâmica de legitimidade para a proposição de demandas perante o Sistema – que, como demonstrado, não se limita ao indivíduo vítima da violação – é, em si, representativa de sua abertura a uma maior participação social. Como demonstra Pasqualucci, tal possibilidade mostra-se mister para a manutenção do Sistema,

[67] PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

vez que a realidade de grande parte dos Estados americanos é permeada pela desigualdade socioeconômica, refletida em altos índices de pobreza e baixo acesso à educação. Tais fatos se tornariam uma barreira ainda maior caso o sistema de proteção aos direitos humanos limitasse o direito de peticionar àqueles que sofreram a violação e que, na maioria das vezes, já são parte de grupos marginalizados.[68]

Importante frisar que o potencial emancipatório do Sistema não se limita à possibilidade de proposição de demandas e ao seu caráter judicial, perpassando ainda a questão de *compliance*, pelos Estados, a medidas que reflitam a incorporação das diretrizes de direitos humanos traçadas pelo SIDH. De acordo com Flávia Piovesan, a cooperação para proteção efetiva dos direitos humanos pode ser promovida a partir do estabelecimento de diálogos promovidos pelo Sistema Interamericano. Nesse contexto, são reconhecidos quatro níveis dialógicos: o diálogo com o sistema global, o diálogo com outros sistemas regionais, o diálogo com os sistemas nacionais e o diálogo com a sociedade civil.[69]

No tópico de *compliance*, faz-se pertinente focar nos dois últimos níveis, quais sejam, os de diálogo com sistemas estatais e com a sociedade no geral. Isso porque, mediante a interação do sistema regional com os sistemas pátrios, tem-se a incidência do chamado controle de convencionalidade:

> Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no State Approach à permeabilidade do trapézio centrado no Human Rights Approach. Isto é, aos parâmetros constitucionais, somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e a interdisciplinaridade, a ressignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do Human Rights Approach.[70]

Essa integração das diretrizes do Sistema à perspectiva interna dos Estados demonstra-se de extrema relevância, uma vez que permite que as decisões da Corte e recomendações da Comissão suplantem o nível individual dos casos concretos e tornem-se parâmetro de conduta na política interna – aproximando cada vez mais os Estados da luta interamericana pela proteção dos direitos humanos.

Para que essa integração se torne possível, é necessário que o cumprimento das obrigações se dê em múltiplos níveis, formando uma espécie de coalizão de

[68] PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.
[69] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
[70] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 140.

cooperação[71] dos atores nacionais. Tal realidade pode ser observada quando o processo de incorporação de determinações e diretrizes do Sistema Interamericano é compreendido como essencialmente político – perpassando relações sociopolíticas internas entre *multistakeholders* e suas respectivas motivações e agendas rumo à garantia dos direitos humanos. Dentro dessa análise, o Sistema Interamericano pode ser enquadrado como alternativa emancipadora caso consiga fazer com que suas diretrizes, normativas e resoluções sejam incorporadas de maneira efetiva pelos Estados americanos, de modo que suas instituições passem a refletir o ideal de empoderamento popular e democratização.

Nesse contexto é que se faz possível perceber a necessidade de constante atualização dos sistemas jurídicos pátrios, para a adequação de suas normativas e diretrizes de julgamento aos parâmetros interamericanos da luta por dignidade. Além disso, ressalta-se, também, o papel da sociedade civil – como capaz de pressionar os governos e a sociedade internacional – e dos demais atores que figuram em posições de poder, posto que "As decisões requerem mudanças na jurisprudência, legislação e prática do país, envolvendo atores do ramo executivo, bem como do judiciário e do legislativo. Em resumo, o que é necessário é uma coalização de *compliance*".[72]

Ainda nessa perspectiva, além da incorporação e diálogo entre Estado e Sistema, é necessário que uma coalizão de cooperação inclua o reconhecimento e fortalecimento de outros aparatos do SIDH, que não a Corte – que normalmente ocupa o centro das discussões que tangenciam o assunto. Assim, é importante que se valorize o desenvolvimento das funções e atuações extrajudiciais. Exemplos marcantes desse tipo de atuação são empreendidos pela Comissão no desempenho de suas atividades.

A CIDH, além de admitir e analisar as petições iniciais, estabelecer a fixação das medidas cautelares e remeter os casos em que entende ter havido violação para apreciação da Corte, assume um importante papel na conexão do Sistema com os Estados-Membros. Nesse sentido, destaca-se a existência do vasto repositório

[71] Termo calcado pela autora Courtney Hillebrecht (*The domestic mechanisms of compliance with international human rights law*: case studies from the Inter-American human rights system. Disponível em: https://bit.ly/3fwuuVV. Acesso em: 24 abr. 2020).

[72] No original: "The rulings require changes in the country's jurisprudence, legislation and practice, involving actors from the executive branch, as well as the judiciary and legislature. What is needed, in short, is a compliance coalition" (HILLEBRECHT, Courtney. *The domestic mechanisms of compliance with international human rights law*: case studies from the Inter-American human rights system. p. 7. Disponível em: https://bit.ly/3fwuuVV. Acesso em: 24 abr. 2020).

de conteúdo desenvolvido pelos membros da Comissão disponíveis na plataforma *on-line* do SIDH.[73]

A Comissão se organiza de forma a confeccionar três tipos de relatórios: os relatórios temáticos, os relatórios anuais de direitos humanos nas Américas e os relatórios com o desempenho dos países em específico. Todos esses contam com o levantamento de extensas informações – que exteriorizam o posicionamento do Sistema, a realidade de aplicação dos direitos humanos no continente, as diretrizes de ação proposta e as vulnerabilidades dos Estados na consolidação da dignidade, entre outros. Nos relatórios temáticos, por exemplo, a Comissão se debruça sobre questões centrais para a defesa dos direitos humanos no continente americano – como o relatório sobre a violência e discriminação contra mulheres e meninas (2019), o relatório de pobreza e direitos humanos (2017) e o compêndio em igualdade e não discriminação (2019).[74]

Além dessa faceta de pesquisa, a Comissão também é responsável por manter o contato direto com os Estados através da realização de visitas *in loco* – por meio das quais uma delegação é selecionada para analisar a situação de proteção dos direitos humanos nos solos pátrios. Ao fim das visitas, a Comissão elabora um documento com relato das percepções acerca da cultura de direitos humanos do país e com a listagem de uma série de recomendações a serem tomadas para fortalecimento da dignidade dos cidadãos.[75]

A Comissão também se incumbe da ministração de cursos sobre o SIDH e sobre os direitos humanos no geral e da organização de palestras e seminários sobre a temática. Por fim, é relevante que se mencione o empenho de tal órgão na promoção da abertura do Sistema: colocando-se à disposição dos Estados que ainda não ratificaram os instrumentos de direitos humanos para a composição de ambientes de diálogo que possam resultar em uma expansão e ampliação da influência do Sistema Interamericano.[76]

A plataforma de diálogo criada pela Comissão é também fortalecida por meio da promoção de consultas regionais à sociedade civil e do fortalecimento das relações do Sistema com a academia – de modo a congregar diferentes atores

[73] Para mais detalhes, cf. INTER-AMERICAN Commissionon Human Rights. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/20r5N1m. Acesso em: 13 maio 2020.

[74] Todos disponíveis para acesso público. Cf. THEMATIC Reports. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/30dQ4Z3. Acesso em: 13 maio 2020.

[75] A título de exemplificação do trabalho desenvolvido em uma visita *in loco*, é possível ler o comunicado de imprensa com relatório sobre a visita da comissão ao Brasil em 2018. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Washington, 2018. Disponível em: https://bit.ly/20r6QhO. Acesso em: 13 maio 2020.

[76] ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Considerations related to the universal ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties*. Washington, 14 ago. 2014. Disponível em: https://bit.ly/2DzpLof. Acesso em: 3 mar. 2020.

sociais na construção das atividades em direitos humanos. Essa atitude pode ser observada no relatório das ações da Comissão do ano de 2017, que estabelece:

> Durante o ano, foram realizadas 9 consultas regionais para a definição das prioridades da Comissão: quatro encontros regionais para a preparação de seu Plano Estratégico; duas consultas sociais para construir a agenda das novas Unidades Temáticas; uma consulta social em matéria de defensores e defensoras de direitos humanos; e um encontro com sociedade civil para definir a agenda estratégica para a nova Relatoria DESCA. Além de um questionário para a elaboração do relatório sobre pessoas LGBTI nas Américas. Também foram realizadas 12 reuniões com a sociedade Civil durante os Períodos de Sessões e com a Coalizão de ONGs para prestar contas, e receber contribuições e sugestões ao trabalho da Comissão. A CIDH também trabalhou durante 2017 para reforçar os laços com universidades da região e firmou cinco novos convênios para intercâmbios acadêmicos, capacitações e disseminação do SIDH.[77]

Logo, nota-se que as atividades desenvolvidas por este órgão são de extrema valia para a criação de uma rede de informações e pesquisas – que assumem grande relevância para a consolidação de uma plataforma de apoio e diretrizes aos Estados e para a disponibilização de conteúdos em direitos humanos para os cidadãos americanos. Nessa toada, nota-se a indispensabilidade do envolvimento ativo dos Estados na troca de experiências e no cumprimento das recomendações estabelecidas pela Comissão.

A abertura dos Estados é indispensável, também, quando o assunto a ser abordado é a jurisdição consultiva da Corte. Nesse caso, o potencial de fortalecimento dos direitos humanos pela Corte é intensificado na medida em que as opiniões consultivas requisitadas são incorporadas à agenda de ação do país a que se referem. Dessa forma, as opiniões revelam seu viés quando divulgadas publicamente e acatadas pelos Estados – e também pela população, que pode as utilizar como forma de parâmetro para a tomada de decisão estatal, aumentando o debate público e o *advocacy* em torno das questões de direitos humanos tratadas.

Por meio dessas considerações, compreende-se que, apesar dos avanços, o Sistema Interamericano ainda funciona por meio de uma lógica de dependência estatal. Assim, suas pretensões emancipatórias veem-se contidas pelos próprios

[77] CIDH alcança resultados históricos em 2017 e apresenta seu relatório de progresso do primeiro ano do Plano Estratégico. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 12 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3ey3gwF. Acesso em: 15 maio 2020.

Estados americanos – que condicionam a aceitabilidade e a incorporação do Sistema aos seus interesses políticos. Dessa forma, a abertura dos Estados é pressuposto essencial para garantia da dignidade: se os sistemas estatais forem capazes de se abrir, de forma a acatar as diretrizes da Comissão e incorporar suas recomendações, bem como as opiniões consultivas da Corte como guias para ação em direitos humanos, o Sistema Interamericano alcançará maior efetividade na desenvoltura de seu potencial.

A efetividade do Sistema tem sido alcançada também através da utilização de outro meio, qual seja, a ação extraconvencional de seus órgãos. Tal diretriz de ação é evidenciada pela tratativa dada aos direitos coletivos – que, como visto anteriormente, são protegidos de maneira reflexa pela Corte. Assim, nota-se que o SIDH é capaz de ampliar a tutela efetiva de determinados grupos a partir da realização de uma interpretação contextualizada, evolutiva e extensiva dos direitos previstos na Convenção.

A presença de avanços extraconvencionais é ressaltada também pelos Regulamentos da Corte, por meio dos quais se pretendeu aumentar a participação popular na atividade jurisdicional do Sistema e se permitir a criação de uma plataforma de voz mais ativa. Tais avanços representam uma alternativa encontrada pelos órgãos do SIDH para provocar o empoderamento popular sem ter que lidar diretamente com a dinâmica hegemônica interestatal. Representam, portanto, uma tendência emancipatória que dribla a lógica tradicional westfaliana.

A partir das reflexões traçadas neste tópico, faz-se possível denotar que, mesmo que com limitações, a utilização de um sistema regional de proteção dos direitos humanos pode ser responsável por possibilitar a materialização de tais direitos e a criação de condições de participação de diferentes grupos na construção e adaptação desses processos de garantia de dignidade humana.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a margem de atuação do SIDH na seara de vanguarda na proteção dos direitos humanos é contrabalanceada pelos interesses institucionais dos Estados – de modo a garantir sua própria sustentação na lógica internacional, bem como a colaboração ativa de seus membros. Destaca-se a indispensabilidade da incorporação de uma coalizão de cooperação na materialização dos direitos humanos nas Américas.

Considerações finais

Por meio do desenvolvimento do presente trabalho, buscou-se dar vazão a alguns questionamentos que tangenciam a atividade exercida pelo Sistema Interamericano

de Proteção dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a principal problemática a ser respondida recaiu na existência (ou não) de um potencial emancipatório do Sistema.

Para a aferição de tal potencial, partiu-se da teoria crítica de Joaquin Herrera Flores. Como já elucidado, na perspectiva do autor, os direitos humanos são vistos como processos de luta por condições de dignidade e, nesse sentido, seu potencial emancipatório reside nas práticas que têm o condão de democratizar os processos desiguais e excludentes do fazer humano. Assim, as atividades serão emancipatórias na medida em que visarem ao empoderamento popular, dotando os indivíduos de meios para que possam integrar a esfera pública de formação de vontade e demandar seus direitos.

Nessa linha de pensamento, foram analisadas as formas em que opera o SIDH, bem como as demais ações empreendidas por seus dois órgãos – a Corte e a Comissão. Viu-se que, apesar de vinculado à lógica tradicional e pós-westfaliana – tendo sido criado no âmbito uma organização clássica, a OEA –, o Sistema Interamericano consegue lentamente se descolar desse padrão e fazer aflorar uma perspectiva emancipatória. Perspectiva essa que reside na natureza ambivalente de atuação do Sistema.

Nota-se, com isso, a existência de uma relação de dependência do Sistema para com a dinâmica estatal – que é ao mesmo tempo a responsável por garantir sua sobrevivência (que se condiciona ao interesse dos Estados) e razão de sua existência (vez que o Sistema é principalmente constituído para combater as violações de direitos humanos ocorridas no seio dos Estados e, muitas vezes, por eles próprios). Portanto, as amarras de uma lógica de interesses estatais são fator de limitação da possibilidade emancipatória do SIDH.

Entre os entraves abordados, destaca-se a dificuldade de criação de uma cultura estatal de verdadeira materialização dos compromissos firmados em esfera internacional. Nessa perspectiva, os Estados ainda deixam em muito a desejar no âmbito de cumprimento das medidas e decisões fixadas pelo Sistema. Reitera-se que o cumprimento dessas medidas deve ultrapassar a esfera dos casos individuais de forma a abranger a integralização das diretrizes traçadas pelo SIDH às políticas domésticas dos Estados-Partes – de tal forma que esses se vejam compelidos a incorporá-las à suas escolhas políticas e normativas internas.

Apesar de tais barreiras, os avanços feitos pela Corte e pela Comissão são louváveis e demonstram, pouco a pouco, um caminho de luta pela emancipação e empoderamento humano. É nesse ponto que a perspectiva do trabalho busca ir além da análise tecida por Herrera Flores, de maneira a propor um diálogo teórico rumo à ampliação dos contornos envolvidos no conceito de emancipação. Isso porque o autor enxerga como inconciliável a existência de um potencial verdadeiramente emancipatório com uma estrutura tradicional como a que se pretendeu analisar.

Apesar de reconhecer alguns avanços, Flores não concebe a existência de práticas de empoderamento na perspectiva da lógica clássica.

Após as análises tecidas, conclui-se que uma leitura sobre a emancipação no seio da SIDH deve superar as perspectivas monocromáticas: para captar as nuances do seu funcionamento, essa leitura não pode simplificar a estrutura inerentemente ambivalente. Apesar de restar claro que o Sistema por si só não constitui um aparato criado para ser emancipatório, ele se coloca como instrumento de grande relevância para a luta por condições de dignidade. Colabora, assim, com o empreendimento de práticas de empoderamento popular que se colocam a serviço da democratização dos próprios direitos humanos e dão indícios do afloramento de um viés emancipatório.

A ambivalência inerente ao SIDH é que melhor evidencia suas potencialidades. A coexistência de uma estrutura tradicional de racionalidade do direito – incompatível com uma leitura crítica dos direitos humanos – com um esforço institucional insurgente de defesa e salvaguarda dos direitos humanos é que faz com que o Sistema seja capaz de, em diversas situações, dar voz aos indivíduos e torná-los sujeitos dotados de dignidade. Nessa perspectiva, o Sistema Interamericano – mesmo com suas limitações – representaria um meio de ressignificação da cidadania. Nessa mesma toada, compreende-se que a Corte e a Comissão dão voz a diferentes grupos normalmente excluídos da narrativa social, na medida em que se ajusta para ouvi-los e aprecia as questões de direitos humanos que são postas.

No entanto, em que pese tais avanços, o Sistema Interamericano possui balizas estruturais inerentes a sua natureza que sempre serão obstáculos para sua consagração como instrumento emancipatório. Sobressalta-se, todavia, sua possibilidade de gerar impactos positivos nas realidades dos cidadãos americanos, de modo a atenuar as vulnerabilidades dos Estados em matéria de direitos humanos.[78] Nesse contexto, interessante que as iniciativas de reforma do SIDH objetivem atacar os pontos de maior fragilidade do continente, buscando trabalhá-los por meio do aumento da influência do Sistema na governança interna – dando vazão à necessidade de estruturação de uma "coalizão de cooperação".

Como forma de garantir o viés de emancipação, qualquer mudança deve estar intimamente ligada à participação popular, de forma a possibilitar a influência dos cidadãos na construção de políticas efetivas a serem empreendidas pelo Sistema e abraçadas pelos Estados. A partir disso, torna-se possível incitar um processo de empoderamento dos cidadãos e, consequentemente, seu engajamento em

[78] DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011.

uma cultura de direitos humanos que os aproxime de uma maior participação nas discussões a serem desenvolvidas no bojo do SIDH.

Referências

BASCH, Fernando *et al*. A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 9-35, 2010.

BOYLE, Alan, Heike. Climate change, sustainable development, and human rights. *In*: KALTENBORN, Markus; KRAJEWSKI, Markus; KUHN, Heike (Ed.). *Sustainable development goals and human rights*. Cham: Springer, 2020.

CIDH alcança resultados históricos em 2017 e apresenta seu relatório de progresso do primeiro ano do Plano Estratégico. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 12 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3ey3gwF. Acesso em: 15 maio 2020.

CIDH informa resultados inéditos de seu trabalho em 2018 e apresenta o relatório de progresso do segundo ano de implementação do Plano Estratégico durante 2018. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 15 fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/32fTM6O. Acesso em: 6 abr. 2020.

CIDH saúda a assinatura de acordo de solução amistosa no Caso 13.017 A- Familiares de Vítimas da ditadura militar do Panamá. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 24 jun. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gOFmP0. Acesso em: 6 abr. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: https://bit.ly/3iPbLqN. Acesso em: 10 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em: https://bit.ly/3iWJ3UM. Acesso em: 15 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 23 solicitada pela República da Colômbia sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos de 15 de Novembro de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Viviana Gallardo et al. Advisory Opinion No. G 101/81*. Decisão de 13 de novembro de 1981. Disponível em: https://bit.ly/2OrBebV. Acesso em: 3 maio 2020.

D'AVILA, Caroline Dimuro Bender *et al*. A proteção reflexa do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos*, San José, v. 60, n. 1, p. 11-38, 2014.

DILL, Bonnie Thornton; ZEMBRANA, Ruth Enid. Critical thinking about inequality: an emerging lens. *In*: DILL, Bonnie Thornton; ZEMBRANA, Ruth Enid (Ed.). *Emergins intersections*: race, class, and gender in teory, policy, and practice. New Brunswick: Rutgers University Press, 2009.

DULITZKY, Ariel. The Inter-American human rights system fifty years later: times for changes. *Revue Québécoise de droit international*, Québec, v. 60, n. 1, p. 127-164, 2011.

FERNANDES, Lorena. *Greening no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*: a consolidação da justiça ambiental através da defesa dos povos e comunidades tradicionais. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La justiciabilidade de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ciudad de México: OSIDH, 2017.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANCO NETO, Laercio Dias; BASTOS, Dafne Fernandez de. O processo e o direito coletivo no sistema interamericano de direitos humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 249-261, 2013.

GONZALEZ-SALZBERG, Damian A. Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 13, n. 13, p. 93-114, 2013.

GROS ESPIELL, Hector. La declaración americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la fiolosfía y el derecho americano. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, p. 41-64, 1989.

HILLEBRECHT, Courtney. *The domestic mechanisms of compliance with international human rights law*: case studies from the Inter-American human rights system. Disponível em: https://bit.ly/3fwuuVV. Acesso em: 24 abr. 2020.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014.

IACHR and Inter-American Court appreciate General Assembly decision on budget increase. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 22 jun. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2DBcED9. Acesso em: 10 abr. 2020.

IACHR Presents Accountability Report for 2018 Budget. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 14 mar. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gOK9jE. Acesso em: 10 abr. 2020.

INFORME Anual 2019 de la CIDH. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, 24 fev. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iXT7wI. Acesso em: 15 maio 2020.

INTER-AMERICAN Commissionon Human Rights. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/2Or5N1m. Acesso em: 13 maio 2020.

LIMA, Lucas Carlos. The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments. *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, v. 3.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. "Greening" the Inter-American human rights system. *L'Observateur des Nations Unies*, Aix-em-Provence, v. 33, n. 2, p. 299-313, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://bit.ly/2ZS1YaJ. Acesso em: 6 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz, 1979. Disponível em: https://bit.ly/3iUaWg9. Acesso em: 13 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil*. Washington, 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Or6QhO. Acesso em: 13 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo De San Salvador"*. San Salvador, 17 nov. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3gSBe0y. Acesso em: 5 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. San José, 13 nov. 2009. Disponível em: https://bit.ly/38LzOIQ. Acesso em: 25 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o Fundo de Assistência Legal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Washington, 1º mar. 2011. Disponível em: https://bit.ly/2Cu26VG. Acesso em: 17 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. San José, 25 nov. 2000. Disponível em: https://bit.ly/2DuoheV. Acesso em: 15 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Direito Internacional. Secretaria de Assuntos Jurídicos. *Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41)*. Bogotá, 30 abr. 1948. Disponível em: https://bit.ly/38NqDkR. Acesso em: 3 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *O que é a CIDH?* Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/322QP9U. Acesso em: 6 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *SIMORE Interamericano*. Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/32grKbn. Acesso em: 6 maio 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. General Assembly. *AG/RES. 1 (LII – E/17) Program-Budget of the Organization for 2018*. Washington, 16 nov. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2ZjbXqp. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. General Assembly. *AG/RES. 1 (LIII – E/18) Program-Budget of the Organization for 2019*. Washington, 30 out. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2AWcchI. Acesso em 22 abr. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. General Assembly. *AG/RES. 2 (LI – E/16) Program-Budget of the Organization of American States for 2017*. Washington, 31 out. 2016. Disponível em: https://bit.ly/2ZZCmbW. Acesso em: 22 abr. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Considerations related to the universal ratification of the American Convention and other Inter-American Human Rights Treaties*. Washington, 14 ago. 2014. Disponível em: https://bit.ly/2DzpLof. Acesso em: 3 mar. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. *Guidelines for preparation of progress indicators in the area of economic, social and cultural rights*. Washington, 19 jul. 2008. Disponível: https://bit.ly/2Zka01J. Acesso em: 20 maio 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Commission on Human Rights. Unit on Economic, Social and Cultural Rights. *Report on Poverty and Human Rights in the Americas*. Washington, 7 set. 2017. Disponível em: https://bit.ly/32i3s09. Acesso em: 13 fev. 2020.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Program Budget*. c2005. Disponível em: https://bit.ly/2ZiBSyy. Acesso em: 9 abr. 2020.

OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1455-1506, 2017.

PAES, Letícia da Costa. *A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POSNER, Eric A. *The twilight of human rights law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. *Philosophy and Public Affairs*, New Jersey, v. 32, n. 4, p. 315-356, 2004.

STATON, Jeffrey K.; ROMERTO, Alexia. *Clarity and compliance in the Inter-American human rights system*. 12 fev. 2011. Disponível em: https://bit.ly/2OreQz8. Acesso em: 17 abr. 2020.

THEMATIC Reports. *Organização dos Estados Americanos*, Washington, c2020. Disponível em: https://bit.ly/30dQ4Z3. Acesso em: 13 maio 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*: institucionalização e política. São Paulo: Direito GV, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARROS, Anna Carolina Kähler de Moraes; DINIZ, Pedro Ivo Ribeiro. A ambivalência do Sistema Interamericano na tutela dos direitos humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 247-283, jul./dez. 2023.

Submissão: 05.01.2022
Pareceres: 09.04.2022; 06.04.2022 e 12.05.2022
Aceite: 03.05.2023

DEMOCRACIA, MÍDIAS SOCIAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ÓDIO, MENTIRAS E A BUSCA DA VERDADE POSSÍVEL[1]

Luís Roberto Barroso

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Centro Universitário de Brasília. Mestre pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1990). *Senior Fellow* na Harvard Kennedy School. Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2020-2022). *E-mail* institucional: gabmlrb@stf.jus.br.

Luna van Brussel Barroso

Mestre pela Yale Law School. Doutoranda na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. *E-mail* institucional: lbarroso@bfbm.com.br.

Resumo: Este artigo é uma reflexão crítica sobre o impacto da revolução digital e da internet em três tópicos que moldam o mundo contemporâneo: democracia, mídias sociais e liberdade de expressão. O Capítulo I estabelece alguns pressupostos históricos e conceituais sobre a democracia constitucional e discute o momento atual de recessão democrática, bem como o uso das plataformas digitais como estratégia de poder. O Capítulo II discute as plataformas de mídia social e a forma como revolucionaram a comunicação interpessoal e social, democratizando o acesso ao conhecimento e à informação, mas também levando a uma disseminação exponencial de desinformação, discursos de ódio e teorias conspiratórias. O Capítulo III propõe um quadro regulatório para a disciplina das plataformas digitais, sensível à importância de encontrar o equilíbrio certo com o direito fundamental contraposto, que é a liberdade de expressão, essencial para a dignidade humana, para a busca da verdade possível e para a democracia. O Capítulo IV destaca o papel da sociedade e a importância da educação midiática para criar um ambiente livre, mas positivo e construtivo na internet. Por fim, o Capítulo V comenta brevemente novos desenvolvimentos importantes quando o artigo já se encontrava em vias de publicação.

Palavras-chave: Democracia. Plataformas digitais. Mídias sociais. Liberdade de expressão. Autorregulação regulada. Constitucionalismo. Recessão democrática.

Abstract: This Essay is a critical reflection on the impact of the digital revolution and the internet on three topics that shape the contemporary world: democracy, social media, and freedom of expression. Chapter I establishes historical and conceptual assumptions about constitutional democracy and discusses the role

[1] Este texto foi publicado originariamente no *Chicago International Law Journal*, outono 2023, sob o título *Democracy, social media, and freedom of expression: hate, lies, and the search for the possible truth*. Tradução para o português feita com a colaboração de Matheus Verano.

of digital platforms in the current moment of democratic recession. Chapter II discusses how, while social media platforms have revolutionized interpersonal and social communication and democratized access to knowledge and information, they also have led to an exponential spread of mis- and disinformation, hate speech, and conspiracy theories. Chapter III proposes a framework that balances regulation of digital platforms with the countervailing fundamental right to freedom of expression, a right that is essential for human dignity, the search for the possible truth, and democracy. Chapter IV highlights the role of society and the importance of media education in the creation of a free, but positive and constructive, environment on the internet. Finally, Chapter V comments on new developments occurred after the article was ready for printing.

Keywords: Democracy. Digital platforms. Social media. Freedom of expression. Coregulation. Constitutionalism. Democratic recession.

Sumário: **I** Democracia e populismo autoritário – **II** Internet, mídias sociais e liberdade de expressão – **III** Um modelo regulatório para as redes sociais – **IV** O papel da sociedade – **V** Novos desenvolvimentos sobre o tema – **VI** Conclusão – Referências

Table of contents: **I** Democracy and Authoritarian Populism – **II** Internet, Social Media, and Freedom of Expression – **III** A Framework for the Regulation of Social Media – **IV** The role of society – **V** New developments – **VI** Conclusion

I Democracia e populismo autoritário

A democracia constitucional foi a ideologia que prevaleceu no século XX, na maior parte do planeta, superando os projetos alternativos que se apresentaram: comunismo, fascismo, nazismo, regimes militares e fundamentalismo religioso. O constitucionalismo democrático gira em torno de duas ideias principais que se fundiram no final do século XX. O *constitucionalismo*, herdeiro das revoluções liberais na Inglaterra, Estados Unidos da América e França, expressa as ideias de poder limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia*, por sua vez, é o regime de soberania popular, eleições livres e justas e governo da maioria. Em muitos países, a democracia só se consolidou verdadeiramente ao longo do século XX, com o sufrágio universal garantido pelo fim das restrições à participação política baseada em condição social, religião, raça, sexo ou nível de educação.[2]

As democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Elas não se limitam à integridade dos processos eleitorais, mas exigem, também, o respeito pelos direitos fundamentais de todos os cidadãos e um debate público permanente que informa e legitima as decisões políticas.[3] Para garantir a proteção desses três elementos essenciais, a maioria dos regimes democráticos inclui

[2] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, 2018. p. 14.

[3] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 12; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 181.

em sua estrutura constitucional uma suprema corte ou um tribunal constitucional com jurisdição para arbitrar as tensões inevitáveis que surgem entre democracia e constitucionalismo, ou seja, entre soberania popular e valores constitucionais.[4] Tais tribunais são, em última análise, as instituições responsáveis por proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático contra qualquer tentativa de abuso de poder por parte da maioria. Experiências recentes na Hungria, Polônia, Turquia, Venezuela e Nicarágua mostram que, quando falham em cumprir esse papel, a democracia entra em colapso ou sofre grandes retrocessos.[5]

Nos últimos anos, vários eventos desafiaram a prevalência do constitucionalismo democrático em muitas partes do mundo. Esse fenômeno tem sido caracterizado como recessão democrática,[6] retrocesso democrático,[7] constitucionalismo abusivo,[8] autoritarismo competitivo,[9] democracia iliberal,[10] legalismo autocrático,[11] entre outros. Mesmo democracias consolidadas enfrentaram momentos de turbulência e descrédito institucional,[12] à medida que o mundo testemunhou a ascensão de uma onda populista autoritária, antipluralista e anti-institucional que representa séria ameaça à democracia.

Populismo pode ser de direita ou de esquerda,[13] mas a onda recente tem sido caracterizada pela prevalência do extremismo de direita, frequentemente racista, xenófobo, misógino e homofóbico.[14] Enquanto no passado existia uma Internacional

---

4 BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, 2018. p. 14.

5 ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*: contested power in the era of constitutional courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 1.

6 DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015. p. 141.

7 HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, 2018. p. 91.

8 LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, 2013. p. 189.

9 LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, v. 13, 2002. p. 51.

10 Aparentemente, o termo foi utilizado pela primeira vez por ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 22, 1997.

11 SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, 2018. p. 545.

12 BALZ, Dan. A year after Jan. 6, are the guardrails that protect democracy real or illusory? *The Washington Post*, Washington, 6 jan. 2022. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/politics/democracy-january-6/2022/01/06/2a1fc41e-6db4-11ec-a5d2-7712163262f0_story.html. Acesso em: 5 maio 2023; BREXIT: Reaction from around the UK. *BBC*, Londres, 24 jun. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36619444. Acesso em: 5 maio 2023.

13 MUDDE, Cas. *The populist zeitgeist*. Government and opposition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. v. 39. p. 541-544.

14 MUDDE, Cas. *The populist zeitgeist*. Government and opposition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. v. 39. p. 541; 544. Para uma discussão geral sobre o extremismo de direita na Índia, veja: SIYECH, Mohammed Sinan. An introduction to right-wing extremism in India. *New Eng. J. Pub. Pol.*, v. 1, 2021. p. 33. Para traçar a história do "Hindutva" e constatar que se tornou *mainstream* desde 2014 sob Modi, v. LEIDIG, Eviane. Hindutva as a variant of right-wing extremism. *Patterns of Prejudice*, v. 54, n. 3, p. 215-237, 2020. Para uma discussão do extremismo de direita no Brasil sob Bolsonaro, veja GOLDSTEIN, Ariel. Brazil leads the third wave of the Latin American far right. *C-REX – Center for Research on Extremism*, 1º mar. 2021.

Comunista, hoje é a extrema direita que tem uma grande rede global.[15] A marca do populismo de direita é a divisão da sociedade em nós – o povo puro, decente e conservador – e eles – as elites corruptas, liberais e cosmopolitas. O populismo autoritário decorre dos desvãos da democracia, das promessas não cumpridas de oportunidade e prosperidade para todos.[16] São muitos os fatores que levam a essa frustração democrática, dos quais se destacam três: *políticos* – as pessoas não se sentem representadas pelos sistemas eleitorais existentes, sentindo-se sem voz ou relevância –; *sociais* – pobreza, estagnação ou decréscimo de renda e aumento da desigualdade –; *cultural-identitários* – uma reação conservadora à agenda progressista de direitos humanos que prevaleceu nas últimas décadas, com a proteção dos direitos fundamentais de mulheres, afrodescendentes, minorias religiosas, *gays*, populações indígenas e meio ambiente.[17]

O populismo extremista autoritário adota, muitas vezes, estratégias semelhantes em diferentes partes do mundo, incluindo: a) comunicação direta com apoiadores, mais recentemente por meio das redes sociais; b) contorno ou cooptação das instituições intermediárias que fazem a interface entre o povo e o governo, como o Legislativo, a imprensa e a sociedade civil; e c) ataques às supremas cortes e aos tribunais constitucionais, bem como tentativas de capturá-los por meio da nomeação de juízes submissos.[18] Como o título do presente artigo sugere, uma das principais preocupações nessa temática é o uso de campanhas de desinformação, discursos de ódio, crimes contra a honra, mentiras e teorias conspiratórias para avançar esses objetivos antidemocráticos. Essas táticas ameaçam a democracia e as eleições livres e justas, porque enganam os eleitores, violam direitos fundamentais,

Disponível em: https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2021/brazil-leads-the-third-wave-of-the-latin-american-.html. Acesso em: 5 maio 2023. Para uma discussão do extremismo de direita nos Estados Unidos sob Trump, veja JONES, Seth G. The rise of far-right extremism in the United States. *Center for Strategic & International Studies*, nov. 2018. Disponível em: https://www.csis.org/analysis/rise-far-right-extremism-united-states. Acesso em: 5 maio 2023.

15 FAUSTO, Sergio. O desafio democrático. *Revista Piauí*, v. 8, 2022. p. 191.

16 KUO, Ming-Sung. Against instantaneous democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, p. 554-575, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/moz029. Acesso em: 5 maio 2023. V. tb., ECPS – EUROPEAN CENTER FOR POPULISM STUDIES. *Digital Populism*. Disponível em: https://www.populismstudies.org/Vocabulary/digital-populism/. Acesso em: 5 maio 2023.

17 Sobre o assunto, v.: BARROSO, Luís Roberto. Technological revolution, democratic recession and climate change: the limits of law in a changing world. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, 2020. p. 334-349.

18 Para o uso das mídias sociais, v.: ENGESSER, Sven *et al*. Populism and social media: how politicians spread a fragmented ideology. *Information, Communication & Society*, v. 20, 2017. p. 1109. Sobre ataques à imprensa, v. WPFD 2021: attacks on press freedom growing bolder amid rising authoritarianism. *International Press Institute*, 30 abr. 2021. Disponível em: https://ipi.media/wpfd-2021-attacks-on-press-freedom-growing-bolder-amid-rising-authoritarianism/. Acesso em: 5 maio 2023. Para ataques ao Judiciário, v.: DICHO, Michael; LOGVINENKO, Igor. Authoritarian populism, courts and democratic erosion. *Just Security,* 11 fev. 2021. Disponível em: https://www.justsecurity.org/74624/authoritarian-populism-courts-and-democratic-erosion/. Acesso em: 5 maio 2023.

silenciam minorias e distorcem o debate público, minando os valores que justificam a proteção especial da liberdade de expressão. A "decadência da verdade" e a "polarização dos fatos" desacreditam as instituições e, consequentemente, fomentam a desconfiança na democracia.[19]

II Internet, mídias sociais e liberdade de expressão[20]

O mundo vive sob a égide da terceira revolução industrial, também conhecida como a revolução tecnológica ou digital.[21] Algumas de suas principais características são a massificação de computadores pessoais, a universalização dos telefones celulares inteligentes e, acima de tudo, a internet, conectando bilhões de pessoas no planeta. Um dos principais subprodutos da revolução digital e da internet foi o surgimento de plataformas de mídias sociais como o *Facebook*, *Instagram*, *YouTube*, *TikTok* e aplicativos de mensagens como o *WhatsApp* e *Telegram*. Vivemos em um mundo de *apps*, algoritmos, inteligência artificial e inovação em ritmo acelerado, onde nada parece realmente novo por muito tempo. Esse é o cenário em que se desenrola a narrativa a seguir.

1 O impacto da internet

A internet revolucionou o mundo da comunicação interpessoal e social, expandiu exponencialmente o acesso à informação e ao conhecimento e criou uma esfera pública em que qualquer um pode expressar ideias, opiniões e disseminar fatos.[22] Antes da internet, a participação no debate público dependia, principalmente, da imprensa profissional,[23] que investigava fatos, seguia padrões da técnica e da

[19] JACKSON, Vicki C. Knowledge institutions in constitutional democracies: reflections on the "press". *The Jorunal of Meida Law*, v. 14, 2022. p. 275. Disponível em: https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2142733. Acesso em: 5 maio 2023.

[20] BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

[21] A primeira revolução industrial é simbolizada pelo uso do vapor como fonte de energia, a partir do meio do século XVIII. A segunda teve início com o uso da eletricidade e a invenção do motor de combustão interna, na virada do século XIX para o XX. E já se fala da quarta revolução industrial, fruto da fusão de tecnologias, que está afetando as fronteiras entre as esferas física, digital e biológica. Sobre este último ponto, v. SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Cássio Leite Vieira. São Paulo: Edipro, 2018. v. 1.

[22] MAGARIAN, Gregory P. A internet e as mídias sociais. *In*: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. *Liberdade de expressão*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 350-368.

[23] WU, Tim. Is the first amendment obsolete? *In*: POZEN, David E. (Ed.). *The perilous public square*. N. York: Columbia University Press, 2020. *E-book Kindle*.

ética jornalística[24] e era responsável por danos se publicasse informações falsas, deliberadamente ou por negligência.[25] Havia controle editorial e responsabilidade civil relativamente à qualidade e à veracidade do que era publicado. Isso não significa que fosse um mundo perfeito. O número de meios de comunicação é limitado e nem sempre plural, empresas jornalísticas têm seus próprios interesses e nem todas distinguem com o cuidado necessário fato de opinião. Ainda assim, havia um grau mais refinado de controle sobre o que se tornava público, bem como consequências negativas pela publicação de notícias falsas ou discursos de ódio.

A internet, com o surgimento de *sites*, *blogs* pessoais e redes sociais, revolucionou esse universo. Criou comunidades *on-line* para disseminação de textos, imagens, vídeos e *links* gerados pelo usuário, publicados sem controle editorial e sem custo. Tais inovações amplificaram o número de pessoas que participam do debate público, diversificaram as fontes de informação e aumentaram exponencialmente o acesso a elas.[26] Essa nova realidade deu voz às minorias, à sociedade civil, aos políticos, aos agentes públicos, aos influenciadores digitais e permitiu que as demandas por igualdade e democracia adquirissem dimensões globais. Tudo isso representou uma poderosa contribuição para o dinamismo político e a resistência ao autoritarismo, e estimulou a criatividade, o conhecimento científico e as trocas comerciais.[27] Cada vez mais, as comunicações políticas, sociais e culturais relevantes ocorrem através desse meio.

No entanto, o surgimento das redes sociais também levou a um aumento exponencial na disseminação de discurso abusivo e criminoso. Embora essas plataformas não tenham criado desinformação, discursos de ódio ou discursos que atacam a democracia, a capacidade de publicar livremente, sem controle editorial e com pouca ou nenhuma responsabilidade, aumentou o uso dessas táticas. Além disso, e mais fundamentalmente, os modelos de negócio das plataformas agravaram o problema pela utilização de algoritmos que controlam e distribuem conteúdo *on-line*.

[24] A ética jornalística inclui a distinção entre fato e opinião, verificação da veracidade do que é publicado, não ter interesse próprio no assunto relatado, ouvir o outro lado e retificar erros. Para um exemplo de carta internacional de ética jornalística, v. GLOBAL Charter of Ethics for Journalists. *The International Federation of Journalists*, jun. 2019. Disponível em: https://perma.cc/7A2C-JD2S. Acesso em: 5 maio 2023.

[25] *E.g.*, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964.

[26] BALKIN, Jack M. Free speech is a triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, p. 2011-2056, 2018. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Acesso em: 5 maio 2023.

[27] MAGARIAN, Gregory P. The internet and social media. *In*: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick (Ed.). *Freedom of speech*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 350-368.

2 O papel dos algoritmos

A capacidade de participar e de ser ouvido no discurso público *on-line* é atualmente definida pelos algoritmos de moderação de conteúdo das grandes empresas de tecnologia. Embora as plataformas digitais tenham se apresentado inicialmente como espaços neutros, em que os usuários poderiam publicar livremente, elas na verdade desempenham funções legislativas, executivas e judiciais, pois (i) instituem unilateralmente as regras de discurso em seus termos e condições, (ii) definem, por seus algoritmos, como o conteúdo é distribuído e moderado e, por fim, (iii) decidem como essas regras são aplicadas.[28]

Especificamente, as plataformas digitais dependem de algoritmos para duas funções diferentes: recomendar e moderar conteúdo.[29] Primeiramente, um aspecto fundamental do serviço que oferecem envolve a curadoria do conteúdo disponível, de modo a proporcionar a cada usuário uma experiência personalizada e aumentar o tempo gasto *on-line*. Elas recorrem a algoritmos de *deep learning* que monitoram cada ação na plataforma, extraem dados e preveem qual conteúdo manterá um usuário específico engajado e ativo, com base em sua atividade anterior ou de usuários semelhantes.[30] A transição de um mundo de escassez de informação para um mundo de abundância de informação gerou uma concorrência acirrada pela *atenção* do usuário – esse, sim, o recurso escasso na era digital.[31] Portanto, o poder de modificar o ambiente informacional de uma pessoa tem um impacto direto no seu comportamento e nas suas crenças. E como os sistemas de IA podem rastrear o histórico *on-line* de um indivíduo, eles podem adaptar mensagens específicas para maximizar o impacto. Mais importante ainda, eles monitoram como o usuário interage com a mensagem personalizada, utilizando esse *feedback* para influenciar a segmentação de conteúdo futuro, tornando-se cada vez mais eficazes na moldagem de comportamentos.[32] Dado que os seres humanos se envolvem mais com conteúdo polarizador e provocativo, esses algoritmos acabam por provocar emoções fortes,

[28] KADRI, Thomas E.; KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: public figures and newsworthiness in online speech. *Southern California Law Review*, v. 93, p. 37-99, 2019. p. 94. Disponível em: https://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/292/. Acesso em: 5 maio 2023.

[29] ELKIN-KOREN, Niva; PEREL, Maayan. Speech contestation by design: democratizing speech governance by AI. *Florida State University Law Review* [forthcoming]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341. Acesso em: 5 maio 2023.

[30] MESEROLE, Chris. How do recommender systems work on digital platforms? *Brookings*, 21 set. 2022. Disponível em: https://www.brookings.edu/techstream/how-do-recommender-systems-work-on-digital-platforms-social-media-recommendation-algorithms/. Acesso em: 5 maio 2023.

[31] SHAFFER, Kris. *Data versus democracy*: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019. p. 11-15.

[32] RUSSELL, Stuart. *Human compatible*: artificial intelligence and the problem of control. N. York: Penguin Books, 2019.

incluindo raiva.[33] O poder de organizar o conteúdo *on-line*, portanto, tem impactos diretos sobre a liberdade de expressão, o pluralismo e a democracia.[34]

Além dos sistemas de recomendação, as plataformas também dependem de algoritmos para a moderação de conteúdo, que consiste na prática de classificar o conteúdo para verificar se viola os padrões da comunidade.[35] Como mencionado, o crescimento das redes sociais e seu uso por pessoas ao redor do mundo permitiram a propagação da ignorância, mentiras e a prática de crimes de diferentes naturezas com pouco custo e quase nenhuma responsabilização, ameaçando a estabilidade até mesmo de democracias duradouras. Nesse cenário, tornou-se inevitável a criação e imposição de termos e condições que definem os valores e normas que cada plataforma deseja para sua comunidade digital e que pautarão a moderação do discurso.[36] Mas a quantidade potencialmente infinita de conteúdo publicado *on-line* significa que esse controle não pode ser exercido exclusivamente por seres humanos.

Algoritmos de moderação de conteúdo otimizam a varredura do material publicado *on-line* para identificar violações dos padrões da comunidade ou termos de serviço em escala e aplicar medidas que variam desde remoção até redução/amplificação do alcance ou inclusão de esclarecimentos ou referências a informações alternativas. As plataformas frequentemente dependem de dois modelos algorítmicos para moderação de conteúdo. O primeiro é o modelo de *detecção de reprodução*, que usa o *hashing*, uma tecnologia que atribui um ID único a textos, imagens e vídeos, para identificar reproduções idênticas de conteúdo previamente rotulado como indesejado.[37] O segundo sistema, o *modelo preditivo*, usa técnicas

[33] V. SHAFFER, Kris. *Data versus democracy*: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019. p. 11-15.

[34] Mais recentemente, com o avanço da neurociência, as plataformas aprimoraram sua capacidade de manipular e mudar nossas emoções, sentimentos e, consequentemente, nosso comportamento de acordo não com nossos próprios interesses, mas com os deles (ou daqueles a quem vendem este serviço). Nesse contexto, já se fala em um novo direito fundamental à liberdade cognitiva, à autodeterminação mental ou ao direito ao livre arbítrio.

[35] A moderação de conteúdo refere-se a "sistemas que classificam o conteúdo gerado pelo usuário com base em correspondência ou previsão, resultando em uma decisão e governança (por exemplo, remoção, bloqueio geográfico, suspensão de conta)" (ORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Moderação de conteúdo algorítmico: desafios técnicos e políticos na automação da governança de plataformas. *Big Data & Society*, v. 7, p. 1-15, 2020. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945. Acesso em: 7 maio 2023).

[36] BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. *University of California*, Davis, v. 51, p. 1149-1210, 2018. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em: 7 maio 2023.

[37] THAKUR, Dhanaraj; LLANSÓ, Emma. Do you see what I see? Capabilities and limits of automated multimedia content analysis. *Center for Democracy & Technology*, Washington, 20 maio 2021. Disponível em: https://cdt.org/insights/do-you-see-what-i-see-capabilities-and-limits-of-automated-multimedia-content-analysis/. Acesso em: 7 maio 2023.

de *machine learning* para identificar potenciais ilegalidades em conteúdo novo e não classificado.[38] O *machine learning* é um subtipo de inteligência artificial que depende de algoritmos treinados em vez de programados, capazes de aprender a partir de dados sem codificação explícita.[39] Embora úteis, ambos os modelos têm limitações.

O modelo de detecção de reprodução é ineficiente para conteúdo como discurso de ódio e desinformação, em que o potencial de novas e diferentes publicações é praticamente ilimitado e os usuários podem fazer alterações deliberadas para evitar a detecção.[40] O *modelo preditivo*, por sua vez, ainda é limitado em sua capacidade de lidar com situações às quais não foi exposto durante o treinamento, principalmente por uma incapacidade de entender significados e levar em conta considerações contextuais que influenciam a legitimidade do discurso.[41] Além disso, os algoritmos de *machine learning* também dependem de dados coletados do mundo real e podem incorporar preconceitos ou vieses, levando a aplicações assimétricas do filtro. E como os conjuntos de dados de treinamento são muito grandes, é difícil auditá-los para detectar essas falhas.

[38] THAKUR, Dhanaraj; LLANSÓ, Emma. Do you see what I see? Capabilities and limits of automated multimedia content analysis. *Center for Democracy & Technology*, Washington, 20 maio 2021. Disponível em: https://cdt.org/insights/do-you-see-what-i-see-capabilities-and-limits-of-automated-multimedia-content-analysis/. Acesso em: 7 maio 2023.

[39] WOOLDRIDGE, Michael. *A brief history of artificial intelligence*: what it is, where we are, and where we are going. New York: Flatiron Book, jan 2021.

[40] No entanto, essa tecnologia tem sido eficaz no combate à pornografia infantil, que muitas vezes envolve a reprodução de imagens repetidas, dada a dificuldade de produzir esse conteúdo do zero. As empresas de tecnologia mantêm um banco de dados compartilhado e, portanto, são capazes de lidar com esse material com relativa eficiência. Essa tecnologia também é frequentemente usada para conteúdo terrorista e de direitos autorais (BUCKMAN, Ian. Hashing it out: how an automated crackdown on child pornography is shaping the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, Berkeley, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.bjcl.org/blog/hashing-it-out-how-an-automated-crackdown-on-child-pornography-is-shaping-the-fourth-amendment/. Acesso em: 7 maio 2023; FUSSEL, Sidney. Why the New Zealand shooting video keeps circulating. *The Atlantic*, 21 mar. 2019. Disponível em: https://www.theatlantic.com/technology/archive/2019/03/facebook-youtube-new-zealand-tragedy-video/585418/. Acesso em: 7 maio 2023).

[41] A compreensão da linguagem natural é prejudicada pela ambiguidade da linguagem, dependência contextual de palavras não imediatamente próximas, referências, metáforas e regras de semântica geral. A compreensão da linguagem de fato requer conhecimento ilimitado de senso comum sobre o mundo real, que os humanos possuem e é impossível de codificar (LARSON, Erik J. *The myth of artificial intelligence*: why computers can't think the way we do. [s.l.]: Belknap Press, abr. 2021). Um caso decidido pelo Conselho de Supervisão do Facebook ilustra o ponto: o filtro preditivo da empresa para combater pornografia removeu imagens de uma campanha de conscientização sobre câncer de mama, um conteúdo claramente legítimo e que não deveria ser alvo do algoritmo. No entanto, com base no treinamento prévio, o algoritmo removeu a publicação porque detectou pornografia e não conseguiu levar em consideração o contexto de que se tratava de uma campanha de saúde legítima (Facebook Oversight Board, Case 2020-004-IG-UA, Breast Cancer Symptoms and nudity. Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1. Acesso em: 7 maio 2023).

Apesar dessas limitações, os algoritmos continuarão a ser um recurso crucial no monitoramento de conteúdo, dada a escala das atividades *on-line*.[42] Somente nos últimos dois meses de 2020, o *Facebook* aplicou alguma medida de moderação de conteúdo a 105 milhões de publicações, e o *Instagram*, a 35 milhões. O *YouTube* tem 500 horas de vídeo carregadas por minuto e removeu mais de 9,3 milhões de vídeos. No primeiro semestre de 2020, o *Twitter* analisou reclamações relacionadas a 12,4 milhões de contas em potencial violação de suas regras e removeu 1,9 milhão.[43] Portanto, o monitoramento humano é impossível, e os algoritmos são uma ferramenta necessária para reduzir a disseminação de conteúdo ilícito e prejudicial. Responsabilizar as plataformas por erros ocasionais nesses sistemas criaria incentivos errados para abandonar os algoritmos na moderação de conteúdo, com a consequência negativa de aumentar significativamente a propagação do discurso indesejado. Por outro lado, reivindicações genéricas para que as plataformas implementem algoritmos para otimizar a moderação de conteúdo, ou leis que imponham prazos muito curtos para responder a solicitações de remoção enviadas pelos usuários, podem criar pressão excessiva para o uso desses sistemas imprecisos em uma escala maior. Reconhecer as limitações dessa tecnologia é fundamental para uma regulamentação precisa.

3 Algumas consequências indesejáveis

Um dos impactos mais marcantes deste novo ambiente informacional é o aumento exponencial na escala das comunicações sociais e na circulação de notícias. Ao redor do mundo, jornais, publicações impressas e estações de rádio têm alguns milhares de leitores e ouvintes.[44] A televisão atinge milhões de espectadores, embora diluídos em dezenas ou centenas de canais. Por outro lado, o

[42] DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, n. 3, 2021. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Acesso em: 7 maio 2023.

[43] DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, n. 3, 2021. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Acesso em: 7 maio 2023.

[44] MINOW, Martha. *Saving the press*: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 20. Por exemplo, o jornal mais vendido do mundo, *The New York Times*, encerrou o ano de 2022 com cerca de 10 milhões de assinantes, entre digitais e impressos (https://www.nytimes.com/2022/11/02/business/media/nyt-q3-2022-earnings.html). A revista *The Economist* teve aproximadamente 1,5 milhão em dados de 2019 (https://en.wikipedia.org/wiki/The_Economist). Em todo o mundo, são raras as publicações que atingem um milhão de assinantes (THESE are the most popular paid ubscription news websites. *Wordl Econ. F.*, 29 abr. 2021. Disponível em: https://perma.cc/L2MK-VPNX).

Facebook tem cerca de 3 bilhões de usuários ativos.[45] O *YouTube* tem 2,5 bilhões de contas.[46] O *WhatsApp*, mais de 2 bilhões.[47] Os números são desconcertantes. No entanto, como já assinalado, assim como democratizou o acesso ao conhecimento, à informação e ao espaço público, a revolução digital também introduziu consequências negativas que devem ser abordadas. São elas:

a) *o aumento da circulação de desinformação*, mentiras deliberadas, discursos de ódio, teorias conspiratórias, ataques à democracia e comportamentos inautênticos, potencializados por algoritmos de recomendação que otimizam o engajamento do usuário e algoritmos de moderação de conteúdo que ainda são incapazes de identificar adequadamente conteúdo indesejável;

b) *a tribalização da vida*, com a formação de câmaras de eco onde grupos falam apenas para si mesmos, reforçando o viés de confirmação,[48] tornando o discurso progressivamente mais radical e contribuindo para a polarização e intolerância;

c) *uma crise global no modelo de negócios da imprensa profissional*. Embora as plataformas de mídia social tenham se tornado uma das principais fontes de informação, elas não produzem seu próprio conteúdo. Elas contratam engenheiros, não repórteres, e seu interesse é o engajamento, não as notícias.[49] No entanto, com a migração da maior parte da publicidade para plataformas tecnológicas, a imprensa sofreu com a falta de receita, o que forçou centenas de publicações, nacionais e locais, a fechar as portas ou demitir jornalistas.[50] Mas imprensa livre e forte é vital para uma sociedade aberta e livre.

A imprensa profissional, tradicional e institucional é mais do que um negócio privado. Ela serve ao interesse público na busca pela verdade possível em um mundo plural e na disseminação de notícias, opiniões e ideias, condições indispensáveis para o exercício informado da cidadania. O conhecimento e a verdade – nunca absolutos, mas sinceramente buscados – são elementos essenciais para o funcionamento de uma democracia constitucional. Os cidadãos precisam compartilhar

[45] FACEBOOK statistics and trends. *Datareportal*, 19 fev. 2023. Disponível em: https://datareportal.com/essential-facebook-stats. Acesso em: 8 maio 2023.

[46] YOUTUBE User Statistic. *Global Media Insight*, 27 fev. 2023. Disponível em: https://www.globalmediainsight.com/blog/youtube-users-statistics/. Acesso em: 8 maio 2023.

[47] WHATSAPP 2023 user statistics: how many people use WhatsApp? *Backlinko*, 5 jan. 2023. Disponível em: https://backlinko.com/whatsapp-users. Acesso em: 8 maio 2023.

[48] Viés de confirmação (*confirmation bias*) é um obstáculo ao bom pensamento, pois busca apenas informações que correspondem ao que alguém já acredita.

[49] MINOW, Martha. *Saving the press*: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 49.

[50] MINOW, Martha. *Saving the press*: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 3; 11.

um conjunto mínimo de fatos objetivos comuns a partir dos quais formam os seus próprios juízos de valor. Se eles não puderem aceitar os mesmos fatos, o debate público se torna impossível. Intolerância e violência são produtos da incapacidade de se comunicar. Daí a importância das "instituições do conhecimento", como universidades, entidades de pesquisa e imprensa institucional. Sintomaticamente, em diferentes partes do mundo, a imprensa é um dos poucos negócios privados especificamente mencionados na Constituição. Apesar de sua importância para a sociedade e para a democracia, pesquisas revelam o declínio no prestígio do ensino superior e da imprensa.[51] Isso é preocupante.

No início da revolução digital, havia a crença de que a internet deveria ser um espaço livre, aberto e não regulado, tanto do ponto de vista econômico e comercial, quanto da perspectiva da liberdade de expressão. Com o tempo, surgiram preocupações de diferentes ordens, e a necessidade de regulação da internet gradualmente se tornou um consenso, com abordagens propostas em diferentes áreas,[52] incluindo: a) *econômica*, por meio de legislação antitruste, proteção ao consumidor, tributação justa e respeito aos direitos autorais; b) *privacidade*, por meio de leis que restringem a coleta de dados do usuário sem consentimento, para direcionamento de conteúdo ou comercialização; e c) *combate aos comportamentos inautênticos, controle de conteúdo e regras de responsabilidade da plataforma.*

Encontrar o equilíbrio adequado entre a indispensável preservação da liberdade de expressão, de um lado, e a repressão do conteúdo ilegal nas redes sociais, de outro, é um dos problemas mais complexos de nossa geração. A liberdade de expressão é um direito fundamental incorporado em praticamente todas as constituições contemporâneas e, em muitos países, é considerada uma liberdade preferencial, que deve prevalecer *prima facie* quando em confronto com outros valores. Várias razões procuram justificar a sua proteção especial, incluindo: (i) *a busca pela verdade possível* em uma sociedade aberta e plural; (ii) como *elemento essencial para a democracia*, pois permite a livre circulação de ideias, informações e pontos de vista que informam a opinião pública e o voto; e (iii) como *elemento essencial da dignidade humana*, permitindo a expressão da personalidade de cada pessoa.

[51] Sobre a importância do papel da imprensa como instituição de interesse público e sua "relação crucial" com a democracia, v. MINOW, Martha. *Saving the press*: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 35. Sobre a imprensa como uma "instituição de conhecimento", a ideia de "imprensa institucional" e dados sobre a perda de prestígio de jornais e estações de televisão, v. JACKSON, Vicki C. Knowledge institutions in constitutional democracies: reflections on the "press". *The Jorunal of Meida Law*, v. 14, 2022. p. 280 e ss. Disponível em: https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2142733. Acesso em: 5 maio 2023.

[52] BALKIN, Jack M. How to regulate (and not regulate) social media. *Journal of Free Speech Law*, v. 71, 2021; *Knight Institute Occasional Paper Series*, n. 1, March 2020; *Yale Law School, Public Law Research Paper Forthcoming*, 20 nov. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484114. Acesso em: 7 maio 2023.

A regulação das plataformas digitais não pode comprometer esses valores. Pelo contrário, deve visar à sua proteção e fortalecimento. No entanto, na era digital, esses mesmos valores que historicamente justificaram a proteção reforçada da liberdade de expressão agora podem justificar a sua regulação. Como o Secretário-Geral da ONU, António Guterres, registrou com propriedade: "A capacidade de promover desinformação em larga escala e minar fatos cientificamente estabelecidos é um risco existencial para a humanidade".[53]

Dois aspectos do modelo de negócio da internet são particularmente problemáticos. O primeiro é que, embora o acesso à maioria das plataformas e aplicativos tecnológicos seja gratuito, os usuários pagam pelo acesso com sua privacidade.[54] Como Lawrence Lessig observou, assistimos à televisão, mas a internet assiste a nós. Tudo o que fazemos *on-line* é monitorado e monetizado. Os dados são o novo ouro.[55] O segundo aspecto é que os algoritmos são programados para maximizar o tempo gasto *on-line*, o que muitas vezes leva à amplificação de conteúdo provocativo, radical e agressivo. Isso compromete a liberdade de expressão, porque, ao visar ao engajamento, os algoritmos sacrificam a busca pela verdade – com a ampla circulação de *fake news* –, a democracia – com ataques às instituições e defesa de golpes e autoritarismo – e a dignidade humana – com ofensas, ameaças, racismo e outros. A busca por atenção e engajamento para obter receita nem sempre é compatível com os valores que sustentam a proteção da liberdade de expressão.

III Um modelo regulatório para as redes sociais

Os modelos de regulação de plataformas podem ser amplamente classificados em três categorias. A primeira é a (a) *regulação estatal ou governamental*, por meio de legislação e regras que criam um arcabouço obrigatório e abrangente; (b) *autorregulação*, por meio de regras elaboradas pelas próprias plataformas e materializadas em seus termos de uso; e (c) *autorregulação regulada ou corregulação*, por meio de padrões fixados pelo Estado, mas com flexibilidade das plataformas em materializá-los e implementá-los. Este artigo defende o terceiro modelo, com uma combinação adequada de responsabilidades governamentais e privadas. O cumprimento das regras deve ser supervisionado por um comitê independente,

[53] A GLOBAL dialogue to guide regulation worldwide. *Unesco*, 2023. Disponível em: https://www.unesco.org/en/internet-conference. Acesso em: 8 maio 2023.

[54] BEYER, R. Can we fix what's wrong with social media? *Yale Law Report*, verão 2022.

[55] LESSIG, Lawrence. *They don't represent us*: reclaiming our democracy. Providence: Dey Street Books, 2019. p. 105.

com minoria de representantes do governo e maioria de representantes do setor empresarial, academia, entidades de tecnologia, usuários e sociedade civil.

O quadro regulatório deve visar à redução da assimetria de informações entre as plataformas e os usuários, salvaguardar o direito fundamental à liberdade de expressão de intervenções privadas ou estatais indevidas e proteger e fortalecer a democracia. As limitações técnicas atuais dos algoritmos de moderação de conteúdo exploradas acima e a discordância substancial sobre o que deve ser considerado ilegal ou prejudicial trazem uma implicação inevitável: o objetivo da regulamentação deve ser o de encontrar um modelo capaz de otimizar o equilíbrio entre os direitos fundamentais dos usuários e das plataformas, reconhecendo que sempre haverá casos em que o consenso é inatingível. O foco da regulamentação deve ser o desenvolvimento de procedimentos adequados para a moderação de conteúdo, capazes de minimizar erros e legitimar decisões, mesmo quando alguém discorda do resultado substantivo.[56] Com essas premissas como pano de fundo, a proposta de regulação formulada aqui é dividida em três níveis: (i) o modelo apropriado de responsabilidade intermediária para conteúdo gerado pelo usuário; (ii) deveres procedimentais para a moderação de conteúdo; e (iii) deveres mínimos para moderar conteúdo que represente ameaças concretas à democracia e/ou à liberdade de expressão em si.

1 Responsabilidade intermediária por conteúdo gerado pelo usuário

Existem três regimes principais de responsabilidade da plataforma pelo conteúdo de terceiros. Nos modelos de *responsabilidade objetiva*, as plataformas são responsáveis por todas as postagens geradas pelos usuários. Como as plataformas não têm controle editorial sobre o que é postado e não têm condições materiais de supervisionar milhões de postagens feitas diariamente, esse regime seria potencialmente destrutivo e, por isso, não foi adotado por nenhuma democracia. No modelo de *responsabilidade subjetiva após notificação extrajudicial*, a responsabilidade das plataformas surgiria se elas não agissem para remover o conteúdo após uma notificação extrajudicial dos usuários. Por fim, na *responsabilidade subjetiva*

[56] DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, n. 3, 2021. p. 791. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Acesso em: 7 maio 2023; ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: content governance in an age of disinformation. *Harvard Kennedy School – Misinformation Review*, 4 jan. 2020. Disponível em: https://misinforeview.hks.harvard.edu/article/content-governance-in-an-age-of-disinformation/. Acesso em: 8 maio 2023.

após decisão judicial, as plataformas seriam responsáveis pelo conteúdo postado pelos usuários somente em caso de não conformidade com uma ordem judicial de remoção do conteúdo. Este último modelo foi adotado no Brasil com o Marco Civil da Internet. A única exceção na legislação brasileira a essa regra geral é a chamada *pornografia de vingança*:[57] se houver violação da intimidade resultante da divulgação, sem consentimento dos participantes, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo nudez privada ou atos sexuais privados, a notificação extrajudicial é suficiente para criar uma obrigação de remoção do conteúdo sob pena de responsabilidade.

Em nossa opinião, a regra geral prevista no modelo brasileiro, embora possa comportar exceções, é a que equilibra mais adequadamente os direitos fundamentais envolvidos.[58] Como mencionado, nos casos mais complexos relacionados à liberdade de expressão, as pessoas vão discordar sobre a legalidade do discurso. Regras que responsabilizam as plataformas por não remover o conteúdo após uma simples notificação do usuário criam incentivos para a remoção excessiva de qualquer conteúdo potencialmente controverso, restringindo excessivamente a liberdade de expressão dos usuários. Ou seja: haveria um incentivo para remover todo o conteúdo que ofereça risco de ser considerado ilícito pelos tribunais para evitar a responsabilidade,[59] criando um ambiente de autocensura.

No entanto, esse regime de responsabilidade deve coexistir com uma estrutura regulatória mais ampla impondo princípios, limites e deveres à moderação de conteúdo pelas plataformas digitais, tanto para aumentar sua legitimidade na aplicação de seus próprios termos e condições, quanto para minimizar os impactos potencialmente devastadores de discursos ilícitos ou prejudiciais.

---

[57] "Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido".

[58] Em pronunciamento na Conferência Global da Unesco "Por uma Internet de Confiança", em 23.2.2023, o primeiro autor defendeu as ideias a seguir. No caso de comportamentos criminosos, as plataformas devem remover os conteúdos ilícitos de ofício, isto é, independentemente de provocação. Em casos de clara violação de direitos, como compartilhamento de fotos íntimas sem autorização e violação de direitos autorais, entre outras, as plataformas devem remover o conteúdo imediatamente após a notificação da parte interessada. Nos demais casos, sobretudo onde possa haver dúvida razoável, a remoção deve se dar após a primeira ordem judicial.

[59] BALKIN, Jack M. Free speech is a triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, p. 2011-2056, 2018. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Acesso em: 5 maio 2023.

2 Regras para moderação de conteúdo pelas plataformas

As plataformas têm liberdade de iniciativa e de expressão para definir suas próprias regras e decidir o tipo de ambiente que desejam criar, bem como moderar conteúdo prejudicial que poderia afastar os usuários. No entanto, porque esses algoritmos de moderação de conteúdo são os novos governantes da esfera pública[60] e definem a capacidade de participar e ser ouvido no discurso público *on-line*, as plataformas devem atender a deveres procedimentais mínimos de transparência, auditoria, devido processo e isonomia.

a. Transparência e auditoria

As medidas de transparência e auditoria têm como principal objetivo garantir que as plataformas sejam responsabilizáveis (*accountable*) pelas decisões de moderação de conteúdo e pelos impactos de seus algoritmos. Elas fornecem aos usuários um maior entendimento e conhecimento sobre a intensidade com que as plataformas regulam o discurso, e dão aos órgãos de supervisão e aos pesquisadores informações para entender as ameaças advindas dos serviços digitais e o papel das plataformas em amplificá-las ou minimizá-las.

Impulsionado pelas demandas da sociedade civil, várias plataformas digitais já publicam relatórios de transparência. No entanto, a falta de normas vinculativas significa que esses relatórios têm lacunas relevantes, inexistindo verificação independente das informações fornecidas,[61] tampouco padronização entre as plataformas, o que impede a análise comparativa.[62] Nesse contexto, iniciativas regulatórias que imponham requisitos e padrões mínimos são cruciais para tornar a supervisão mais eficaz. Por outro lado, critérios de transparência excessivamente amplos podem forçar as plataformas a adotarem regras de moderação de conteúdo mais simples para reduzir custos, com impacto negativo na precisão da moderação de conteúdo ou na qualidade da experiência do usuário.[63] Uma abordagem escalonada para a transparência, em que certas informações são públicas e outras informações

[60] KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598-1670, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/. Acesso em: 7 maio 2023.

[61] HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. UN Doc A/HRC/32/38. 11 maio 2016. Disponível em: https://undocs.org/en/A/HRC/32/38. Acesso em: 8 maio 2023.

[62] LEERSSEN, Paddy. The soap box as a black box: regulating transparency in social media recommender systems. *European Journal of Law and Technology*, v. 11, 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3544009. Acesso em: 7 maio 2023.

[63] KELLER, Daphne. Some humility about transparency. *The Center for Internet and Society Blog*, 19 mar. 2021. Disponível em: https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/03/some-humility-about-transparency. Acesso em: 7 maio 2023.

são limitadas a órgãos de supervisão ou pesquisadores previamente qualificados, garante proteção adequada a interesses contrapostos, como privacidade do usuário e confidencialidade empresarial.[64] O *Digital Services Act*, aprovado pela União Europeia em 16.11.2022, contém disposições robustas de transparência que, no geral, estão alinhadas com essas considerações.[65]

As informações que devem ser publicamente fornecidas incluem, entre outras coisas, termos de uso claros e inequívocos, as sanções disponíveis para lidar com violações (remoção, redução de amplificação, esclarecimentos, suspensão de conta etc.) e a divisão de trabalho entre algoritmos e humanos. Mais importante ainda, os relatórios públicos de transparência devem incluir informações sobre a precisão das medidas de moderação automatizada e o número de ações de moderação de conteúdo desagregadas por tipo (remoção, bloqueio, exclusão de conta etc.).[66] Também deve haver obrigações de transparência para pesquisadores, dando-lhes acesso a informações e estatísticas cruciais, incluindo o conteúdo analisado para as decisões de moderação de conteúdo.[67]

Embora valiosos, os requisitos de transparência são insuficientes para promover a responsabilização adequada porque dependem de usuários e pesquisadores para monitorar ativamente a conduta da plataforma e pressupõem que eles tenham o poder de chamar a atenção para falhas e promover mudanças.[68] A auditoria algorítmica por terceiros é, portanto, um complemento importante para garantir que esses modelos satisfaçam padrões legais, éticos e de segurança, assim como para deixar claras as ponderações feitas, como entre a segurança do usuário e a

[64] MACCARTHY, Mark. Transparency requirements for digital social media platforms: recommendations for policy makers and industry. *Transatlantic Working Group*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3615726. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3615726. Acesso em: 8 maio 2023.

[65] O Ato de Serviços Digitais – DSA (promulgado juntamente com o Ato de Mercados Digitais – DMA) foi aprovado pelo Parlamento europeu em 5.7.2022, e em 4.10.2022 o Conselho europeu deu sua aprovação final à regulamentação. O DSA aumenta a transparência e a responsabilidade das plataformas, fornecendo, por exemplo, a obrigação de "informações claras sobre moderação de conteúdo ou o uso de algoritmos para recomendar conteúdo (os chamados sistemas de recomendação); os usuários poderão contestar decisões de moderação de conteúdo" (Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment).

[66] MACCARTHY, Mark. Transparency requirements for digital social media platforms: recommendations for policy makers and industry. *Transatlantic Working Group*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3615726. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3615726. Acesso em: 8 maio 2023.

[67] Nesse sentido, o professor da Universidade de Stanford, Nathaniel Persily, apresentou recentemente um projeto de lei ao Congresso americano propondo um modelo para conduzir pesquisas sobre os impactos das comunicações digitais de maneira que proteja a privacidade do usuário. O projeto exige que as plataformas digitais compartilhem dados com pesquisadores previamente autorizados pela Comissão Federal de Comércio (FTC), e divulguem publicamente certos dados sobre conteúdo, algoritmos e publicidade (Disponível em: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/text_pata_117.pdf. Acesso em: 8 maio 2023).

[68] NAHMIAS, Yifat; PEREL, Maayan. The oversight of content moderation by AI: impact assessment and their limitations. *Harvard Journal on Legislation*, v. 58, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565025. Acesso em: 8 maio 2023.

liberdade de expressão.[69] Como ponto de partida, as auditorias de algoritmos devem considerar questões como sua precisão, qualquer viés ou discriminação potencial incorporada nos dados e em que medida as mecânicas internas são explicáveis para humanos.[70] O *Digital Services Act* contém uma proposta semelhante.[71]

O mercado de auditoria algorítmica ainda é emergente e cheio de incertezas. Ao tentar navegar nesse cenário, os reguladores devem: (i) definir com que frequência as auditorias devem ocorrer; (ii) desenvolver padrões e melhores práticas para os procedimentos de auditoria; (iii) obrigar a divulgação específica de determinados dados para assegurar que os auditores terão acesso aos dados necessários; e (iv) definir como os danos identificados devem ser abordados.[72]

b. Devido processo legal e razoabilidade (*fairness*)

Para garantir o devido processo legal, as plataformas devem informar aos usuários afetados pelas decisões de moderação de conteúdo qual a cláusula dos termos de uso supostamente violada, além de oferecer um sistema interno de recursos contra essas decisões. As plataformas também devem criar sistemas que permitam a denúncia fundamentada de conteúdo ou contas por outros usuários, e notificar os usuários denunciantes da decisão tomada.

Quanto à razoabilidade (i.e., critérios básicos de justiça das decisões), as plataformas devem garantir que as regras sejam aplicadas de maneira igualitária a todos os usuários. Embora seja admissível que as plataformas adotem critérios diferentes para pessoas públicas ou informações de interesse público, essas exceções devem estar claras nos termos de uso. Esse problema tem sido objeto de controvérsia entre o Comitê de Supervisão do *Facebook* e a empresa.[73]

---

[69] AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. *Digital Regulation Cooperation Forum*, 23 set. 2022. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/auditing-algorithms-the-existing-landscape-role-of-regulators-and-future-outlook. Acesso em: 7 maio 2023.

[70] KOSHIYAMA, Adriano; KAZIM, Emre; TRELEAVEN, Philip. Algorithm auditing: managing the legal, ethical, and technological risks of artificial intelligence, machine learning, and associated algorithms. *IEEE Transactions on Technology and Society*, v. 3, p. 128-142, abr. 2022. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/9755237. Acesso em: 8 maio 2023.

[71] No Artigo 37, o DSA estabelece que plataformas digitais de determinado tamanho devem ser responsáveis, por meio de auditoria independente anual, pelo cumprimento das obrigações estabelecidas na regulamentação e por quaisquer compromissos assumidos de acordo com códigos de conduta e protocolos de crise.

[72] AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. *Digital Regulation Cooperation Forum*, 23 set. 2022. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/auditing-algorithms-the-existing-landscape-role-of-regulators-and-future-outlook. Acesso em: 7 maio 2023.

[73] Em um relatório de transparência publicado ao final de seu primeiro ano de operação, o Facebook Oversight Board (FOB) destacou a inadequação das explicações apresentadas pelo Meta sobre a operação de um sistema conhecido como *cross-check*, que aparentemente dava a alguns usuários maior liberdade na plataforma. Em janeiro de 2022, o Meta explicou que o sistema *cross-check* concede um grau adicional de revisão a determinados conteúdos que os sistemas internos marcam como violando os termos de

Devido à enorme quantidade de conteúdo publicado nas plataformas e à inevitabilidade do uso de mecanismos automatizados para moderação de conteúdo, as plataformas não devem ser responsabilizadas por uma violação desses deveres em casos específicos, mas somente quando a análise revelar uma falha sistemática no cumprimento.[74]

c. Deveres mínimos para moderar conteúdo ilícito

O quadro regulamentar também deve conter obrigações específicas para lidar com certos tipos de discurso especialmente prejudiciais. As seguintes categorias são consideradas pertencentes a este grupo: (a) desinformação, (b) discurso de ódio, (c) ataques antidemocráticos, (d) *cyberbullying*, (e) terrorismo e (f) pornografia infantil. É certo que definir e identificar o discurso incluído nessas categorias – exceto no caso da pornografia infantil, naturalmente – é uma tarefa difícil e amplamente subjetiva. Precisamente por esse motivo, as plataformas devem ser livres para definir como os conceitos serão operacionalizados, desde que guiados pelas normas internacionais de direitos humanos e de maneira transparente. Isso não significa que todas as plataformas chegarão às mesmas definições nem aos mesmos resultados substantivos em casos concretos, por valorações diferentes e pela impossibilidade de consenso. No entanto, a obrigação de observar parâmetros internacionais de direitos humanos reduz a discricionariedade das empresas, ao mesmo tempo em que permite a diversidade de políticas entre elas. Após definir essas categorias, as plataformas devem estabelecer mecanismos que permitam aos usuários denunciar violações.

Além disso, as plataformas também devem desenvolver mecanismos para lidar com comportamentos inautênticos coordenados, que envolvem o uso de sistemas automatizados ou meios enganosos para amplificar artificialmente mensagens falsas ou perigosas, usando *bots*, perfis falsos, *trolls* e provocadores.[75] Por exemplo: se

uso da plataforma. O Meta submeteu uma consulta à FOB sobre como melhorar o funcionamento desse sistema e a FOB fez recomendações relevantes. Mais informações em: https://www.oversightboard.com/news/501654971916288-oversight-board-publishes-policy-advisory-opinion-on-meta-s-cross-check-program/.

74 DOUEK, Evelyn. Content moderation as systems thinking. *Harvard Law Review*, v. 2, p. 136, 2022. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2022/12/content-moderation-as-systems-thinking/. Acesso em: 8 maio 2023.

75 O Facebook define comportamento coordenado inautêntico como "o uso de múltiplos recursos do Facebook ou do Instagram, trabalhando em conjunto para se engajar em comportamento inautêntico, onde o uso de contas falsas é central para a operação". Comportamento inautêntico é definido como "o uso de recursos do Facebook ou do Instagram (contas, Páginas, Grupos ou Eventos), para enganar as pessoas ou o Facebook: (i) Sobre a identidade, propósito ou origem da entidade que eles representam; (ii) Sobre a popularidade do conteúdo ou recursos do Facebook ou do Instagram; (iii) Sobre o propósito de uma audiência ou comunidade; (iv) Sobre a fonte ou origem do conteúdo; ou (v) Para evitar a aplicação das nossas Normas da Comunidade" (Disponível em: https://transparency.fb.com/policies/community-standards/inauthentic-behavior/).

uma pessoa publicar uma postagem dizendo que querosene é bom para curar a Covid-19 e essa mensagem alcançar seus vinte seguidores, é ruim, mas o efeito é limitado. Contudo, se essa mensagem for amplificada para milhares de usuários, haverá um problema de saúde pública. Ou, em outro exemplo, se a mensagem falsa de que as eleições foram fraudadas alcançar milhões de pessoas, há um risco democrático devido à perda de credibilidade nas instituições.

O papel dos órgãos de supervisão deve ser verificar se as plataformas adotaram termos de uso que proíbam o compartilhamento dessas categorias de discurso e garantir que os sistemas de recomendação e moderação de conteúdo estejam treinados para moderar esse conteúdo.

IV O papel da sociedade

Apesar da importância da ação regulatória, a responsabilidade pela preservação da internet como uma esfera pública saudável reside, acima de tudo, nos cidadãos. A educação midiática e a conscientização dos usuários são etapas fundamentais para a criação de um ambiente livre, mas positivo e construtivo na rede mundial de computadores. Os cidadãos devem estar cientes de que as redes sociais podem ser injustas e perversas, violar direitos fundamentais e regras básicas da democracia. Eles devem estar atentos para não passar informações recebidas sem questionamento crítico. Nas palavras de Jonathan Haidt,[76] "[q]uando nossa esfera pública é governada pela dinâmica da multidão, sem mínima observância do devido processo legal, o resultado não é justiça e inclusão; mas, ao contrário, uma sociedade que ignora o contexto, a proporcionalidade, a misericórdia e a verdade". Os cidadãos são a força mais importante para lidar com essas ameaças.

V Novos desenvolvimentos sobre o tema

1 Estados Unidos: *Twitter v.* Taamneh e Gonzalez *v. Google*

Em maio de 2023, a Suprema Corte norte-americana decidiu dois casos relacionados à responsabilização de plataformas digitais. O primeiro, *Twitter v.* Taamneh,[77]

[76] HAIDT, Jonathan. Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. *The Atlantic*. Disponível em: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/05/social-media-democracy-trust-babel/629369/. Acesso em: 8 maio 2023. Tradução livre e ligeiramente editada.

[77] *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 US ___ (2023).

discutiu a responsabilidade do *Facebook*, do *Twitter* e da *Google* por um ataque terrorista executado pelo Estado islâmico em Istambul no ano de 2017. A família de uma das vítimas fatais processou os réus alegando que eles teriam conhecimento do uso de suas plataformas pela organização terrorista e teriam falhado ao não impedir essas atividades, em violação a dispositivo da Lei de Antiterrorismo (18 U.S.C. §2333(d)(2)).[78] Os autores alegaram ainda que os algoritmos de recomendação das plataformas teriam facilitado as atividades de recrutamento, financiamento e propaganda do Estado islâmico, e que os réus teriam se beneficiado financeiramente de arrecadações publicitárias incluídas nesse material.

Em decisão unânime, a Suprema Corte rejeitou a alegação, concluindo que a mera disponibilização de plataforma digital com algoritmos que recomendam conteúdo a partir de *inputs* e histórico de usuários não caracteriza, por si só, conduta ilícita. A Corte entendeu que a relação dos réus com o Estado islâmico era igual à mantida com todos os demais usuários: impessoal, passiva e indiferente. Os algoritmos de recomendação são agnósticos quanto ao conteúdo recomendado, sendo influenciados exclusivamente por dados coletados dos usuários, de modo que a Corte entendeu que os requerentes não demonstraram ação deliberada ou vontade consciente de favorecer especificamente a organização terrorista. A capacidade do Estado islâmico de se beneficiar dessas plataformas foi considerada meramente incidental aos serviços prestados e ao modelo de negócio dos réus.

No segundo caso, Gonzalez *v. Google*,[79] discutia-se igualmente a responsabilidade da *Google* pela morte de uma cidadã americana em um atentado terrorista ocorrido em Paris. Os autores da ação, irmãos da vítima, alegaram que a Google seria responsável direta e subsidiariamente pelo ataque terrorista por ter permitido o uso de sua plataforma *YouTube* por integrantes do Estado islâmico. A Corte, novamente de forma unânime, considerou que a resolução desse caso deveria ser idêntica à conferida ao caso *Twitter v.* Taamneh. Na decisão de apenas três páginas, porém, ressalvou que nenhum desses dois casos foi proposto para discutir o dispositivo

[78] "In an action under subsection (a) for an injury arising from an act of international terrorism committed, planned, or authorized by an organization that had been designated as a foreign terrorist organization under section 219 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1189), as of the date on which such act of international terrorism was committed, planned, or authorized, liability may be asserted as to any person who aids and abets, by knowingly providing substantial assistance, or who conspires with the person who committed such an act of international terrorism". Tradução livre: "Em uma ação processada sob a subseção (a) por dano decorrente de um ato de terrorismo internacional cometido, planejado ou autorizado por uma organização designada como uma organização terrorista estrangeira nos termos da seção 219 da Lei de Imigração e Nacionalidade (8 U.S.C. 1189), a partir da data em que tal ato de terrorismo internacional foi cometido, planejado ou autorizado, a responsabilidade pode ser reconhecida em relação a qualquer pessoa que ajude e incite, conscientemente fornecendo assistência substancial, ou que conspire com a pessoa que cometeu tal ato de terrorismo internacional".

[79] *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. ___ (2023).

legal que confere às plataformas imunidade por conteúdo publicado por terceiros, deixando aberta a possibilidade de revisão judicial desse modelo de responsabilidade civil, atualmente previsto na Seção 230 do *Communications Decency Act*.[80]

2 Brasil: não votação do PL nº 2.630

Em maio de 2020, o Senado Federal iniciou discussões sobre o Projeto de Lei nº 2.630/2020, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. A versão final aprovada no Senado em 30.6.2020 e remetida à Câmara dos Deputados estabelece normas sobre transparência para provedores de redes sociais e serviços de mensageria privada com dois milhões ou mais de usuários registrados no Brasil. Em abril de 2023, depois de quase três anos aguardando votação na Câmara, o relator, Deputado Orlando Silva, apresentou novo texto e foi aprovado um regime de urgência com previsão de votação em 2.5.2023. Não obstante, no dia previsto para votação, o relator pediu a retirada de pauta, alegando falta de tempo hábil para examinar todas as sugestões recebidas quanto à nova versão do projeto. Entre os pontos mais controvertidos estão a definição da autoridade responsável pela fiscalização da lei e o compartilhamento de receitas de publicidade com entidades jornalísticas. Desde então, o PL novamente perdeu força.

3 Brasil: declaração de inelegibilidade do Ex-Presidente Jair Bolsonaro

Em 30.6.2023, o Tribunal Superior Eleitoral declarou a inelegibilidade do Ex-Presidente Jair Bolsonaro por 8 anos por abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação.[81] A condenação teve como fundamento reunião realizada no Palácio da Alvorada com embaixadores no dia 18.7.2022, na qual o ex-presidente fez campanha eleitoral direcionada aos seus eleitores atacando o sistema de votação. Entre outros fundamentos, a Corte equiparou o caso ao julgado no RO nº 0603975-86 (caso do Deputado Francischini), que já havia reconhecido que a disseminação de fatos inverídicos acerca da lisura do pleito, em benefício do candidato, configura abuso de poder político ou de autoridade e/ou uso indevido

[80] §230: "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider". Tradução livre: "Nenhum provedor ou usuário de um serviço de computador interativo deve ser tratado como o editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informação".

[81] POR maioria de votos, TSE declara Bolsonaro inelegível por 8 anos. *Tribunal Superior Eleitoral*, 30 jun. 2023. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declara-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos.

dos meios de comunicação quando redes sociais são usadas para esse fim. Esse entendimento decorre da constatação de que a liberdade de expressão não protege a disseminação de desinformação eleitoral, sob pena de a democracia sucumbir ao charlatanismo político.

VI Conclusão

A rede mundial de computadores permitiu o acesso ao conhecimento, à informação e ao espaço público por bilhões de pessoas, mudando o curso da história. No entanto, o uso indevido da internet e das mídias sociais pode trazer sérias ameaças à democracia e aos direitos fundamentais. Algum grau de regulação, portanto, tornou-se necessário para enfrentar os comportamentos inautênticos e os conteúdos ilegítimos. É essencial, no entanto, agir com transparência, proporcionalidade e procedimentos adequados, para que o pluralismo, a diversidade e a liberdade de expressão sejam preservados. A educação midiática e a conscientização das pessoas de boa-fé – que felizmente constituem a maioria – são medidas decisivas para o uso construtivo das novas tecnologias.

Referências

A GLOBAL dialogue to guide regulation worldwide. *Unesco*, 2023. Disponível em: https://www.unesco.org/en/internet-conference. Acesso em: 8 maio 2023.

AUDITING Algorithms: the existing landscape, role of regulator and future outlook. *Digital Regulation Cooperation Forum*, 23 set. 2022. Disponível em: https://www.gov.uk/government/publications/auditing-algorithms-the-existing-landscape-role-of-regulators-and-future-outlook. Acesso em: 7 maio 2023.

BALKIN, Jack M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation. *University of California*, Davis, v. 51, p. 1149-1210, 2018. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf. Acesso em: 7 maio 2023.

BALKIN, Jack M. Free speech is a triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, p. 2011-2056, 2018. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Acesso em: 5 maio 2023.

BALKIN, Jack M. How to regulate (and not regulate) social media. *Journal of Free Speech Law*, v. 71, 2021; *Knight Institute Occasional Paper Series*, n. 1, March 2020; *Yale Law School, Public Law Research Paper Forthcoming*, 20 nov. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484114. Acesso em: 7 maio 2023.

BALZ, Dan. A year after Jan. 6, are the guardrails that protect democracy real or illusory? *The Washington Post*, Washington, 6 jan. 2022. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/politics/democracy-january-6/2022/01/06/2a1fc41e-6db4-11ec-a5d2-7712163262f0_story.html. Acesso em: 5 maio 2023.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, v. 4, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Technological revolution, democratic recession and climate change: the limits of law in a changing world. *International Journal of Constitutional Law*, v. 18, 2020.

BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BEYER, R. Can we fix what's wrong with social media? *Yale Law Report*, verão 2022.

BREXIT: Reaction from around the UK. *BBC*, Londres, 24 jun. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36619444. Acesso em: 5 maio 2023.

BUCKMAN, Ian. Hashing it out: how an automated crackdown on child pornography is shaping the Fourth Amendment. *Berkeley Journal of Criminal Law*, Berkeley, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.bjcl.org/blog/hashing-it-out-how-an-automated-crackdown-on-child-pornography-is-shaping-the-fourth-amendment/. Acesso em: 7 maio 2023.

DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. *Journal of Democracy*, v. 26, 2015.

DICHO, Michael; LOGVINENKO, Igor. Authoritarian populism, courts and democratic erosion. *Just Security*, 11 fev. 2021. Disponível em: https://www.justsecurity.org/74624/authoritarian-populism-courts-and-democratic-erosion/. Acesso em: 5 maio 2023.

DOUEK, Evelyn. Content moderation as systems thinking. *Harvard Law Review*, v. 2, p. 136, 2022. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2022/12/content-moderation-as-systems-thinking/. Acesso em: 8 maio 2023.

DOUEK, Evelyn. Governing online speech. *Columbia Law Review*, v. 121, n. 3, 2021. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2021/04/Douek-Governing_Online_Speech-from_Posts_As-Trumps_To_Proportionality_And_Probability.pdf. Acesso em: 7 maio 2023.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ECPS – EUROPEAN CENTER FOR POPULISM STUDIES. *Digital Populism*. Disponível em: https://www.populismstudies.org/Vocabulary/digital-populism/. Acesso em: 5 maio 2023.

ELKIN-KOREN, Niva; PEREL, Maayan. Speech contestation by design: democratizing speech governance by AI. *Florida State University Law Review* [forthcoming]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4129341. Acesso em: 5 maio 2023.

ENGESSER, Sven *et al*. Populism and social media: how politicians spread a fragmented ideology. *Information, Communication & Society*, v. 20, 2017.

FACEBOOK statistics and trends. *Datareportal*, 19 fev. 2023. Disponível em: https://datareportal.com/essential-facebook-stats. Acesso em: 8 maio 2023.

FAUSTO, Sergio. O desafio democrático. *Revista Piauí*, v. 8, 2022.

FUSSEL, Sidney. Why the New Zealand shooting video keeps circulating. *The Atlantic*, 21 mar. 2019. Disponível em: https://www.theatlantic.com/technology/archive/2019/03/facebook-youtube-new-zealand-tragedy-video/585418/. Acesso em: 7 maio 2023.

GLOBAL Charter of Ethics for Journalists. *The International Federation of Journalists*, jun. 2019. Disponível em: https://perma.cc/7A2C-JD2S. Acesso em: 5 maio 2023.

GOLDSTEIN, Ariel. Brazil leads the third wave of the Latin American far right. *C-REX – Center for Research on Extremism*, 1º mar. 2021. Disponível em: https://www.sv.uio.no/c-rex/english/news-and-events/right-now/2021/brazil-leads-the-third-wave-of-the-latin-american-.html. Acesso em: 5 maio 2023.

HAIDT, Jonathan. Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. *The Atlantic*. Disponível em: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/05/social-media-democracy-trust-babel/629369/. Acesso em: 8 maio 2023.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. UN Doc A/HRC/32/38. 11 maio 2016. Disponível em: https://undocs.org/en/A/HRC/32/38. Acesso em: 8 maio 2023.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, v. 65, 2018.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile democracies*: contested power in the era of constitutional courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

JACKSON, Vicki C. Knowledge institutions in constitutional democracies: reflections on the "press". *The Jorunal of Meida Law*, v. 14, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2142733. Acesso em: 5 maio 2023.

JONES, Seth G. The rise of far-right extremism in the United States. *Center for Strategic & International Studies*, nov. 2018. Disponível em: https://www.csis.org/analysis/rise-far-right-extremism-united-states. Acesso em: 5 maio 2023.

KADRI, Thomas E.; KLONICK, Kate. Facebook v. Sullivan: public figures and newsworthiness in online speech. *Southern California Law Review*, v. 93, p. 37-99, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/292/. Acesso em: 5 maio 2023.

KELLER, Daphne. Some humility about transparency. *The Center for Internet and Society Blog*, 19 mar. 2021. Disponível em: https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/03/some-humility-about-transparency. Acesso em: 7 maio 2023.

KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598-1670, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/2018/04/the-new-governors-the-people-rules-and-processes-governing-online-speech/. Acesso em: 7 maio 2023.

KOSHIYAMA, Adriano; KAZIM, Emre; TRELEAVEN, Philip. Algorithm auditing: managing the legal, ethical, and technological risks of artificial intelligence, machine learning, and associated algorithms. *IEEE Transactions on Technology and Society*, v. 3, p. 128-142, abr. 2022. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/9755237. Acesso em: 8 maio 2023.

KUO, Ming-Sung. Against instantaneous democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 17, p. 554-575, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1093/icon/moz029. Acesso em: 5 maio 2023.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, 2013.

LARSON, Erik J. *The myth of artificial intelligence*: why computers can't think the way we do. [s.l.]: Belknap Press, abr. 2021.

LEERSSEN, Paddy. The soap box as a black box: regulating transparency in social media recommender systems. *European Journal of Law and Technology*, v. 11, 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3544009. Acesso em: 7 maio 2023.

LEIDIG, Eviane. Hindutva as a variant of right-wing extremism. *Patterns of Prejudice*, v. 54, n. 3, p. 215-237, 2020.

LESSIG, Lawrence. *They don't represent us*: reclaiming our democracy. Providence: Dey Street Books, 2019.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, v. 13, 2002.

MACCARTHY, Mark. Transparency requirements for digital social media platforms: recommendations for policy makers and industry. *Transatlantic Working Group*, 24 jun. 2020. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3615726. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3615726. Acesso em: 8 maio 2023.

MAGARIAN, Gregory P. A internet e as mídias sociais. *In*: STONE, Adrienne; SCHAUER, Frederick. *Liberdade de expressão*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

MESEROLE, Chris. How do recommender systems work on digital platforms? *Brookings*, 21 set. 2022. Disponível em: https://www.brookings.edu/techstream/how-do-recommender-systems-work-on-digital-platforms-social-media-recommendation-algorithms/. Acesso em: 5 maio 2023.

MINOW, Martha. *Saving the press*: why the Constitution calls for government action to preserve freedom of speech. Oxford: Oxford University Press, 2021.

MUDDE, Cas. *The populist zeitgeist*. Government and opposition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. v. 39.

NAHMIAS, Yifat; PEREL, Maayan. The oversight of content moderation by AI: impact assessment and their limitations. *Harvard Journal on Legislation*, v. 58, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565025. Acesso em: 8 maio 2023.

ORWA, Robert; BINNS, Reuben; KATZENBACH, Christian. Moderação de conteúdo algorítmico: desafios técnicos e políticos na automação da governança de plataformas. *Big Data & Society*, v. 7, p. 1-15, 2020. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945. Acesso em: 7 maio 2023.

RUSSELL, Stuart. *Human compatible*: artificial intelligence and the problem of control. N. York: Penguin Books, 2019.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Cássio Leite Vieira. São Paulo: Edipro, 2018. v. 1.

SHAFFER, Kris. *Data versus democracy*: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history. Colorado: Apress, 2019.

SIYECH, Mohammed Sinan. An introduction to right-wing extremism in India. *New Eng. J. Pub. Pol.*, v. 1, 2021.

THAKUR, Dhanaraj; LLANSÓ, Emma. Do you see what I see? Capabilities and limits of automated multimedia content analysis. *Center for Democracy & Technology*, Washington, 20 maio 2021. Disponível em: https://cdt.org/insights/do-you-see-what-i-see-capabilities-and-limits-of-automated-multimedia-content-analysis/. Acesso em: 7 maio 2023.

WHATSAPP 2023 user statistics: how many people use WhatsApp? *Backlinko*, 5 jan. 2023. Disponível em: https://backlinko.com/whatsapp-users. Acesso em: 8 maio 2023.

WOOLDRIDGE, Michael. *A brief history of artificial intelligence*: what it is, where we are, and where we are going. New York: Flatiron Book, jan 2021.

WPFD 2021: attacks on press freedom growing bolder amid rising authoritarianism. *International Press Institute*, 30 abr. 2021. Disponível em: https://ipi.media/wpfd-2021-attacks-on-press-freedom-growing-bolder-amid-rising-authoritarianism/. Acesso em: 5 maio 2023.

WU, Tim. Is the first amendment obsolete? *In*: POZEN, David E. (Ed.). *The perilous public square*. N. York: Columbia University Press, 2020. *E-book Kindle*.

YOUTUBE User Statistic. *Global Media Insight*, 27 fev. 2023. Disponível em: https://www.globalmediainsight.com/blog/youtube-users-statistics/. Acesso em: 8 maio 2023.

ZAKARIA, Fareed. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, v. 76, n. 22, 1997.

ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: content governance in an age of disinformation. *Harvard Kennedy School – Misinformation Review*, 4 jan. 2020. Disponível em: https://misinforeview.hks.harvard.edu/article/content-governance-in-an-age-of-disinformation/. Acesso em: 8 maio 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca da verdade possível. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023.

Submissão: 22.09.2023
Pareceres: 25.09.2023, 11.10.2023
Aceite: 23.10.2023

ESG E A FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RETORNO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE?

Giovani Saavedra

Professor de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. *E-mail*: giovani.saavedra@saavedra.adv.br.

Resumo: O presente trabalho busca estabelecer os fundamentos do ESG e demonstrar sua conexão com os conceitos de capitalismo *stakeholder* e direitos fundamentais. Num primeiro momento, trata-se do surgimento da agenda ESG e sua conexão com o debate constitucional, especialmente aquele desenvolvido a partir do surgimento do Estado de bem-estar social. A partir dessa análise fica clara a relação entre direitos fundamentais, agenda ESG e uma nova forma de constitucionalismo, que no presente artigo foi chamado de dirigismo constitucional multinível. O trabalho busca mostrar que o modelo de constitucionalismo diretivo multinível é o que dá a compreensão adequada dos espaços de concretização e proteção dos direitos fundamentais para que alcancem a máxima medida possível de eficácia social e jurídica.

Palavras-chave: ESG. Direitos fundamentais. Sustentabilidade. Constitucionalismo.

Abstract: This paper seeks to establish the foundations of ESG and demonstrate its connection with the concepts of Stakeholder Capitalism and Fundamental Rights. At first, it is about the emergence of the ESG agenda and its connection with the constitutional debate, especially that developed from the emergence of the Social Welfare State. From this analysis, the relationship between fundamental rights, the ESG agenda and a new form of constitutionalism is clear, which in this article has been called multilevel constitutional dirigisme. The work seeks to show that the model of multilevel directive constitutionalism is the one that gives an adequate understanding of the spaces for the realization and protection of fundamental rights so that they achieve the maximum possible measure of social and legal effectiveness.

Keywords: ESG. Fundamental rights. Sustainability. Constitutionalism.

Sumário: Introdução – **1** Da Constituição dirigente ao ESG – **2** Capitalismo stakeholder e o ESG como forma de concretização dos direitos fundamentais – **3** Agenda ESG e o dirigismo constitucional multinível – Considerações finais – Referências

Summary: Introduction – **1** From the Dirigisme Constitution to ESG – **2** Stakeholder Capitalism and ESG as a way of realizing fundamental rights – **3** ESG Agenda and Multilevel Directive Constitutionalism – Final Remarks – References

Introdução

O tema da concretização e eficácia dos direitos fundamentais é complexo e tem gerado desafios teóricos complexos. Mais recentemente, um novo elemento tem ocupado os debates, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais e ecológicos. É a agenda ESG (*Environmental, Social and Governance*) ou agenda ASG (Ambiental, Social e Governança), se consideramos os termos em língua portuguesa. Proliferam-se publicações, eventos tratando do tema.

O que torna essa agenda especialmente interessante é que ela está promovendo a concretização dos direitos fundamentais por atores do mercado e por iniciativas internas do espaço empresarial. Na prática, parece que o sistema econômico está a produzir internamente uma dimensão ética de proteção a direitos humanos e fundamentais. Esse movimento não era esperado e, especialmente, para teóricos econômicos e juristas passou a chamar a atenção, tendo em vista que a visão geral até então era de que o sistema econômico era um espaço neutro a valores. Do ponto de vista constitucional, esse fenômeno é de especial interesse porque reforça o entendimento constitucional de ordem econômica como espaço de concretização de direitos fundamentais.

Nem sempre é claro, porém, em que medida esses avanços são de fato avanços e em que medida eles podem ser compreendidos como âmbitos de eficácia dos direitos fundamentais e qual sua relação com a dimensão de aplicação das normas constitucionais. Esse é exatamente o problema de pesquisa que o presente artigo pretende enfrentar. Para tanto, realizar-se-á, num primeiro momento, revisão bibliográfica para mapear o caminho que vai da teoria constitucional do Estado de bem-estar social, o dirigismo constitucional, até o surgimento do ESG. Nessa primeira etapa de análise, pretende-se demonstrar a conexão entre a agenda ESG e direitos fundamentais. Num segundo momento, busca-se delimitar mais pormenorizadamente a evolução da própria agenda ESG de maneira a identificar todo o alcance do fenômeno. É a hipótese a ser defendida no presente artigo. Esse caminho mostra que a melhor teoria constitucional para compreender o fenômeno, sua inter-relação com os direitos fundamentais e suas dimensões de eficácia jurídica e social é a do dirigismo constitucional multinível, que nada mais é que uma evolução da teoria do dirigismo constitucional de Canotilho, na sua versão revisada, que passou a incorporar elementos da teoria dos sistemas e passou a adotar o conceito multinível de Estado e sociedade.

1 Da Constituição dirigente ao ESG

No final da década de setenta e na década de oitenta, o "pacto keynesiano" levou o capitalismo a uma época "dourada" de expansão. Nesse contexto, o Estado social, também chamado de Estado de bem-estar social, dominava os debates. No âmbito do direito, esse debate se consolidou em torno de um conceito: o dirigismo constitucional. Nesse contexto, proliferaram-se as chamadas "constituições dirigentes", como a Constituição portuguesa de 1976, a Carta espanhola de 1978 e a Constituição Federal de 1988.[1]

Especialmente no contexto luso-brasileiro, mas não só, a tese de doutoramento de Canotilho, publicada em 1982 e intitulada *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, teve o mérito de sistematizar os elementos principais do conceito e passou a figurar no centro do debate.[2] Com a crise do Estado de bem-estar social, quase quinze anos depois da publicação da sua tese de doutoramento, o autor reviu seus posicionamentos, chegando mesmo a afirmar que a "Constituição Dirigente" estaria morta: "Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias".[3]

As observações do autor português entendidas em retrospectiva não soam tão drásticas como soaram aos constitucionalistas brasileiros da época. Habermas, por exemplo, alguns anos antes, já tinha chocado os seguidores da teoria crítica da Escola de Frankfurt, quando também, no prefácio da sua obra de filosofia do direito, afirmou que "com o colapso do socialismo" o núcleo normativo da teoria crítica seria formado pela "auto-organização democrática da comunidade jurídica",[4]

---

1 DERBLI, Felipe. O Estado de direito ainda é social? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, p. 89-131, 2014. Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica.

2 DERBLI, Felipe. O Estado de direito ainda é social? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, p. 89-131, 2014. Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. 93. Ver, a esse respeito também: BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 115 e ss.; COUTINHO, Jacinto Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MORAIS, Fausto Santos de; SANTOS, José Paulo Schneider dos. A teoria da Constituição dirigente como imaginário para a hermenêutica constitucional brasileira. *Revista de Direito Brasileira*, ano 5, v. 10, p. 107-124, 2015; TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes; CHAVES, Vitor Pinto. Dirigismo constitucional e mudanças institucionais: uma crítica a partir de Unger. *Cadernos Aslegis*, n. 46, p. 137-159, maio/ago. 2012; PRADO, Ney. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988*: subsídios à revisão constitucional. São Paulo: Instituto Liberal, Ed. Inconfidentes, 1994.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

4 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 12. No original: HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1998. p. 12.

ou seja, deixando claro que a teoria crítica deveria focar na reforma do capitalismo e do Estado democrático de direito e não na sua superação.

O que está no pano de fundo das teorias dessa época é a clareza de que um projeto em que o Estado estaria no centro da coordenação de todas as áreas da sociedade, inclusive o mercado, estaria fracassado. Não havia mais espaço para dualismos entre socialismo e capitalismo. A queda do muro de Berlin foi o último passo no sentido da compreensão de que qualquer análise de concretização de direitos fundamentais, sejam eles sociais, sejam ambientais, deveria acontecer num contexto de um Estado democrático de direito e de um mercado capitalista.

Canotilho segue uma linha muito parecida com a de Habermas no que diz respeito à evolução da sua teoria, porém, aceitando muito mais da teoria dos sistemas do que o autor alemão estaria disposto a aceitar. Nesse sentido é especialmente instrutivo, para entender o caminho de desenvolvimento profícuo de um constitucionalismo dirigente, perceber como o autor diferencia sua teoria daquela dos sistemas:

> Mas o que é que nos separa das teses autopoiéticas? Desde logo – e isto é decisivo – continuamos defensores das teorias accionalistas da política e da possibilidade de direcção do Estado. O "pessimismo dirigente" radica, em nós, na observação de que a direcção passou hoje para outras "instâncias actuantes" (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu. Mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuantes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, as organizações [...].[5]

O que tanto Canotilho como Habermas pretendem mostrar é que o caminho do constitucionalismo não pode mais ser pensando como um dirigismo estatal, mas um dirigismo "reflexivo", ou seja, que considera uma sociedade complexa com vários níveis e instâncias "dirigentes". O autor dá a entender que, nesse contexto, o caminho do dirigismo seria supervisão e regulação do mercado e da sociedade com vistas à garantia de bens fundamentais.[6]

Porém, mesmo aceitando o mercado como uma instituição autônoma, não é claro, de modo algum, que nele se encontre alguma capacidade de dirigismo ou uma dimensão de ética subjacente. Essa forma de percepção do mercado remonta ao

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, dez. 2002. p. 39.

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, dez. 2002. p. 39-40.

pensamento de Adam Smith.[7] O teórico do mercado como instituição autônoma, que precisa ser protegida se se busca produzir a "riqueza das nações", defende, portanto, que o Estado deveria ter por função precípua criar condições para que os indivíduos possam concretizar seus interesses particulares no mercado, porque ao fazê-lo o empresário "não raro promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo. Jamais soube de algum bem que tenham praticado os homens que afetam comerciar pelo bem público".[8] Essa forma de compreensão do mercado pressupõe uma teoria da justiça de fundo utilitarista; uma compreensão da sociedade como um conjunto de indivíduos; um estímulo da ação egocêntrica e totalmente focada no proveito pessoal e no aumento do lucro; uma crítica forte da intervenção do Estado na economia e da "promoção do bem comum". Portanto, para essa forma de compreensão do mercado, permanece a ideia de fundo de que o empresário e a empresa devem, fundamentalmente, focar nos seus próprios interesses, sem considerar o impacto de suas ações em potenciais atingidos, as externalidades, as patologias de mercado, bem com sua "responsabilidade social" ou a sustentabilidade em longo prazo. Essa posição foca apenas no retorno do lucro para os sócios da empresa e nada mais.

Essa forma de compreensão do mercado foi colocada em xeque e desafiada de várias formas anos depois. Dissertar sobre todas elas é, naturalmente, incompatível com o espaço reservado a este artigo, mas, no caso específico do nosso texto, inclusive desnecessário. O objetivo a que nos propomos aqui é compreender as razões da necessária superação dessa visão unilateral de mercado e sociedade a partir da relação necessária entre direito constitucional e direitos.

A obra fundamental de Berle e Means é um clássico nesse aspecto e foi responsável por uma das primeiras sistematizações desse fenômeno no âmbito do direito empresarial.[9] No Brasil, suas pesquisas foram introduzidas por Comparato, que em sua tese de titularidade[10] aborda, a partir das pesquisas dos autores, o divórcio entre propriedade e o poder de controle, bem como o processo de pulverização de acionistas.[11]

---

7 SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 567.

8 SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 567.

9 BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: Routledge, 1932 (1968/1991).

10 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

11 Ver, a esse respeito: FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 66.

Num primeiro momento, essa recepção foi consubstanciada na forma de uma teoria contratualista.[12] O contratualismo se caracteriza por negar um interesse social hierarquicamente superior ao interesse dos sócios.[13] Num primeiro momento, define-se interesse social "sempre como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais".[14] Trata-se da também chamada *the shareholder-value perspective*[15] ou da abordagem *shareholder oriented*.[16]

Essa compreensão passou a ser criticada por várias perspectivas. Em especial, na década de noventa, ganha força, não só no meio acadêmico, mas também no âmbito das ciências econômicas e no âmbito político, uma teoria que procura superar as limitações e uma visão unicamente focada no retorno de valor para os *shareholders*. Essa teoria foi chamada de *stakeholder theory*.[17] De maneira geral, essa teoria pavimenta o caminho para a difusão do ESG, porque estabelece que as decisões e a estratégia empresariais devem levar em conta não apenas os interesses dos sócios atuais e futuros, mas também todos os interesses dos atingidos e de todas as "pessoas, grupos ou instituições com interesses legítimos em jogo nas empresas e que afetam ou são afetados pelas diretrizes definidas, ações praticadas e resultados alcançados".[18] Portanto, os interesses dos *stakholders* passam a ser vistos como complementares aos dos *shareholders* e a estratégia da empresa passa a focar em sustentabilidade em longo prazo e não no retorno e lucro em curto prazo. Essas mudanças foram um passo importante para o surgimento do ESG.

2 Capitalismo *stakeholder* e o ESG como forma de concretização dos direitos fundamentais

O breve excurso feito acima lança as bases do que hoje se passou a denominar *capitalismo stakeholder*. A importância do termo está no fato de que se pretende

[12] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 42 e ss.

[13] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 42.

[14] SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 43.

[15] TIROLE, Jean. Corporate governance. *Econometrica*, v. 69, n. 1, jan. 2001. p. 5 e ss.

[16] ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 125 e ss.

[17] Os artigos e pesquisas clássicos a respeito do tema foram compilados numa única obra: CLAKSON, Max. B. E. *The Corporation and its stakholders*: classic and contemporary readings. Toronto: University of Toronto Press, 1998. Ver a esse respeito, também: JONES, Ian; POLLITT, Michael. *The role of buniness ethics in economic performance*. New York: St. Martin's Press, 1998.

[18] ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

com ele descrever uma "mudança de paradigma"[19] mais complexa na maneira como se faz negócios e de como se entende responsabilidade corporativa. Apesar de se tratar de um termo utilizado recentemente, vários estudos mostram que a assim chamada "indústria responsável" existe desde 1970[20] e, desde então, há uma crescente preocupação no meio empresarial pelo tema da responsabilidade social e da sustentabilidade. Na década de 1980, por exemplo, muitos fundos de pensão fizeram campanha contra o *apartheid* e, nos anos 1990, foi fundada a primeira empresa para produzir dados sobre a responsabilidade social e ambiental de companhias de capital aberto para orientar a comunidade de investidores.[21]

Essa evolução aparentemente linear deu lugar a um debate bem mais complexo e ambicioso: se, de um lado, os anos 1990 podem ser definidos como *golden age* para a globalização corporativa, com a emergência de um sem número de empresas multinacionais, o lado negativo desse processo de globalização se fez sentir rapidamente. Esse processo chamou a atenção para dois fatos: ficou claro que muitos Estados não tinham capacidade ou vontade de promover a relação entre negócios e direitos humanos e, por outro lado, ficou claro que as empresas multinacionais não estavam preparadas para lidar com os riscos, que seu negócio poderia causar para a violação dos direitos humanos no seu âmbito de atuação. Em função disso, vários grupos e movimentos sociais passaram a organizar companhas contra multinacionais. Da sua parte, as empresas multinacionais passaram criar políticas internas e novas práticas de conduta responsável, que passaram a ser agregadas em torno do conceito de *corporate social responsability* (CSR). As empresas passaram, portanto, a criar unidades de CSR para monitorar diretrizes de responsabilidade social, seja internamente, seja na sua rede global de terceiros (*global supply chains*).[22]

Nesse contexto, a *UN-Sub-Comission on the Promotion and Protection of Human Rights* começou a desenvolver um documento-piloto de um futuro tratado internacional chamado: *Norms on the Responsabilities of Transnational Corporations and Other Business Entreprises with Regard to Human Rights*,[23] cuja versão final

[19] INTERNATIONAL BUSINESS COUNCIL OF THE WORLD ECONOMIC FORUM. *The New Paradigm*. A Roadmap for an Implicit Corporate Governance Partnership between Corporations and Investors to achieve sustainable long-term investment and growth. 2016. Disponível em: https://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.25960.16.pdf.

[20] LYDENBERG, Steven. *Corporations and the public interest*. Guiding the invisible hand. São Francisco: Berrett-Koehler, 2005.

[21] RUGGIE, John Gerard; MIDDELTON, Emily K. Money, millennials and human rights: sustaining 'sustainable investing'. *Global Policy*, v. 10, issue 1, p. 144-150, fev. 2019.

[22] RUGGIE, John Gerard. *Just business*. Multinational corporations and human rights. New York/London: W.W. Norton & Company, 2013. p. 16 e ss.

[23] RUGGIE, John Gerard. *Just business*. Multinational corporations and human rights. New York/London: W.W. Norton & Company, 2013.

foi publicada em 2011, portanto, com o título: *Guiding Principles on Business and Human Rights* (*Guiding*). Esse documento representou um marco importante no processo de rediscussão do papel do capitalismo, das empresas e da governança corporativa.[24]

Porém, somente em 2019,[25] o impacto das iniciativas acima começa a gerar resultados concretos: em agosto de 2019, o *U.S. Business Roundtable* publicou um documento sobre *the purpose of a corporation*, que foi assinado por 181 de seus 200 associados e que reforça que o modelo de governança das companhias deve beneficiar toda a cadeia de *stakeholders*;[26] em 2017, a Academia Britânica iniciou debates sobre o tópico *Reforming business for the 21st Century*. O relatório final foi publicado em 2019 com o título *The Future of the Corporation*, que, por sua vez, o propósito (*purpose*) das companhias deve ser direcionado a contribuir para toda a cadeia de *stakeholders* e evitar os problemas que ela pode causar a terceiros;[27] por fim, o *World Economic Forum* de 2020 publicou um manifesto que segue no mesmo sentido.[28]

Como se pode ver, portanto, há uma conexão entre ESG e direitos fundamentais: pelo menos duas das três dimensões do ESG correspondem, igualmente, a dimensões dos direitos humanos/fundamentais. A dimensão social corresponde aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão,[29] e a dimensão ambiental corresponde à temática da proteção ambiental, que tem sido denominada dimensão ecológica dos direitos fundamentais.[30] A novidade que temos aqui é a integração dessas duas dimensões num conceito novo de governança: o modelo de *stakeholders governance*, que tem por base um propósito corporativo de sustentabilidade em longo prazo.

---

[24] UNITED NATIONS – HUMAN RIGHTS. Office of The High Commissioner. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. United Nations: New York/Geneva, 2011.

[25] RUGGIE, John Gerard; REES, Caroline; DAVIS, Rachel. *Making 'stakeholder capitalism' work*: contributions from business & human rights. New York: Harvard, 2020. p. 1 e ss.

[26] BUSINESS Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation. *Business Roundtable*, 19 ago. 2019. Disponível em: https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans. Acesso em: 20 fev. 2023.

[27] PRINCIPLES for Purposeful Business: How to deliver the Framework for the Future of the Corporation. *British Academy*, 2019. Disponível em: https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/224/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

[28] WORLD ECONOMIC FORUM. *Davos Manifesto 2020*: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/. Acesso em: 20 fev. 2023.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47 e ss.

[30] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTEREIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 12.

Essa integração tem especial importância para o presente artigo, porque ela reflete um âmbito de eficácia social dos direitos fundamentais muito importante: da maneira como Canotilho sugeriu, a capacidade do Estado de agir como agente de direcionamento da sociedade perdeu centralidade e relevância e a dimensão de eficácia social dos direitos fundamentais ficou muito mais rica e organizada na forma do que poderia ser chamado de constitucionalismo dirigente multinível. Essa forma de abordagem do fenômeno constitucional torna mais profícua a análise teórico-constitucional e evita os riscos de a abordagem unilateral ser focada no aspecto de aplicação pelos tribunais, no aspecto de concretização unicamente realizada pelo Estado de forma interventiva e vertical.

3 Agenda ESG e o dirigismo constitucional multinível

O breve excurso sobre o processo de aprendizagem social que se seguiu à crise do Estado de bem-estar social deveria ter mostrado que a busca pela concretização dos direitos fundamentais em um ambiente globalizado migrou de uma percepção do Estado como único motor de desenvolvimento e de bem-estar para uma noção de pluralidade de ordens jurídicas, em que coabitam os sistemas de proteção aos direitos humanos e as ordens constitucionais. Nesse contexto, o Estado deixa de ter um caráter interventivo para ter um caráter regulador do mercado.

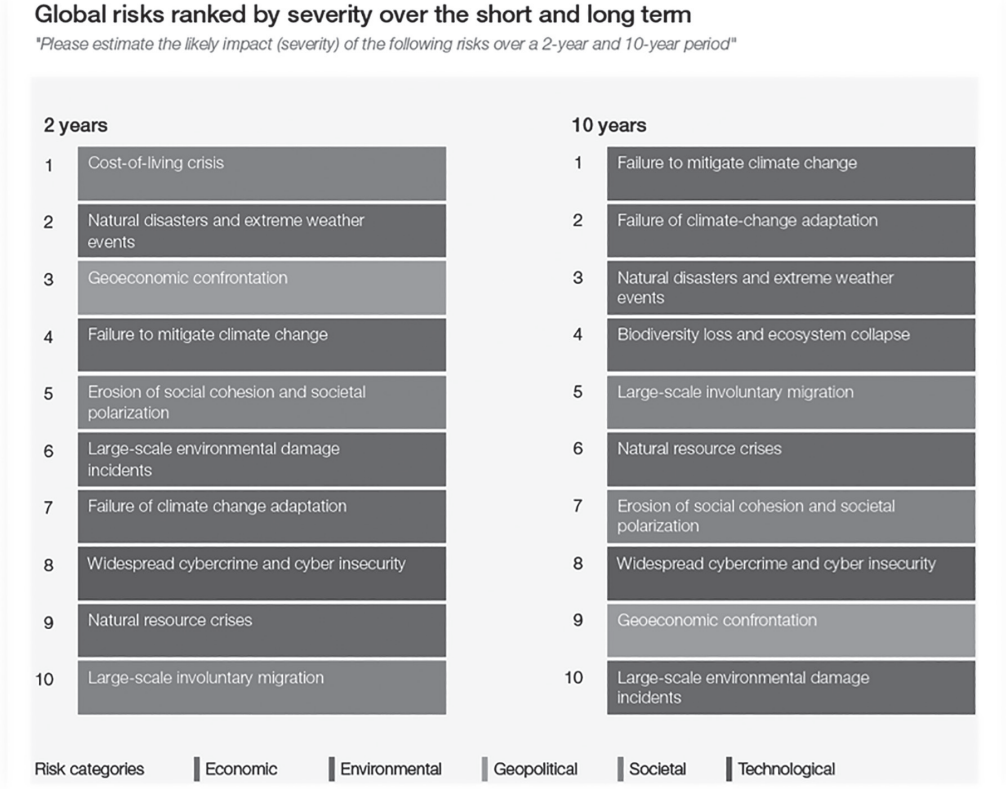
Porém, ao contrário do que os olhares pessimistas poderiam esperar, essa evolução está provocando uma mudança do capitalismo "a partir de dentro", no sentido mais caro à autopoiese da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.[31] Nesse contexto, o subtítulo do livro de Lydenberg é bem sugestivo: *Guiding the invisible hand*,[32] dado que o que a observação empírica tem demonstrado é que o mercado, antes entendido como um âmbito neutro a valores e incapaz de produzir autonomamente espaços de concretização de direitos fundamentais, agora está mostrando justamente o contrário. No que segue, vamos evidenciar esse fenômeno a partir de uma análise breve das regulamentações de ESG para o mercado financeiro feitas pelo Banco Central do Brasil (Bacen).

Partindo de análises de organismos internacionais como aquelas divulgadas pelo Fórum Econômico Mundial, o Banco Central tem identificado riscos concretos para o sistema financeiro nacional. De fato, apenas a título exemplificativo, se

[31] Para uma visão geral sobre a teoria dos sistemas de Luhmann, ver: SAAVEDRA, Giovani. *Jurisdição e democracia*: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[32] LYDENBERG, Steven. *Corporations and the public interest*. Guiding the invisible hand. São Francisco: Berrett-Koehler, 2005.

analisarmos o relatório de riscos globais publicado em 2023 pelo Fórum Econômico Mundial, fica rapidamente claro que, em curto e longo prazo, os riscos identificados são basicamente aqueles propugnados pelos movimentos ESG:



Fonte: WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Risks Report 2023*. 18. ed. Inside Report. p. 6.

Como fica claro na tabela acima, é evidente que os riscos sociais, ambientais e climáticos dominam o cenário de análise de riscos, seja no cenário de curto prazo (de 2 anos), seja naquele de longo prazo (10 anos). O Bacen assume a agenda ESG e deixa claro, em seu relatório de riscos, que passou a adotar a metodologia do Fórum Econômico Mundial:

> O BC adotou neste Relatório a estrutura proposta pelo World Economic Forum (WEF) e pela TCFD para a apresentação de informações associadas a fatores ASG, assim como considerou as publicações da NGFS.

> De acordo com o WEF, essas informações são distribuídas em quatro pilares:
>
> "Princípios de Governança", "Planeta", "Pessoas" e "Prosperidade". Cada pilar constitui um capítulo deste Relatório, que ainda traz um capítulo adicional específico para apresentar a evolução das iniciativas da dimensão "Sustentabilidade" da Agenda.[33]

A incorporação da agenda ESG pelo Bacen gerou repercussões práticas para o mercado financeiro: especialmente, a partir do ano de 2017, o Bacen emitiu uma série de normativas atualizando ou criando diretrizes mais robustas e exigentes para instituições financeiras:

1) as instituições passaram a ter de incorporar os riscos sociais, ambientais e climáticos em suas matrizes de gerenciamento de riscos, inclusive com repercussões para as análises de crédito de contrapartes;[34]
2) os riscos sociais, ambientais e climáticos nessas normativas são caracterizados expressamente como "eventos associados à violação de direitos e garantias fundamentais ou a atos lesivos a interesse comum";[35]
3) deve ser criado um procedimento de identificação e gestão desses riscos não apenas internamente, mas nas interações com fornecedores e contrapartes;[36]
4) mesmo as instituições financeiras de porte menor estão obrigadas a realizar essa incorporação dos riscos sociais, ambientais e climáticos nos seus sistemas de identificação e gestão de riscos, ainda que na forma simplificada;[37]
5) todas as instituições financeiras passam a ter a obrigação de ter uma Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC).[38] Em função dessa diretriz, todas as instituições financeiras precisam integrar a agenda ESG em todos os níveis de condução dos negócios, partindo do nível estratégico até aquele de gestão, inclusive na interação com parceiros de negócios:

> Para fins desta Resolução, a PRSAC consiste no conjunto de princípios e diretrizes de natureza social, de natureza ambiental e de natu-

[33] BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Relatório de riscos e oportunidades sociais, ambientais e climáticas*. Brasília: Bacen, dez. 2022. v. 2. p. 11.
[34] Ver, a esse respeito: art. 6º, incs. VI-VIII da Resolução nº 4.557, de 23.2.2017.
[35] Ver, a esse respeito: art. 38A, *caput* e inc. XI da Resolução nº 4.557, de 23.2.2017.
[36] Ver, a esse respeito: art. 38D, inc. I, alíneas a), b) e c) e art. 38E da Resolução nº 4.557, 23.2.2017.
[37] Ver, a esse respeito: art. 27D, da Resolução nº 4.606, de 19.10.2017.
[38] Ver, a esse respeito: art. 2º, da Resolução CMN nº 4.945, de 15.9.2021.

> reza climática a ser observado pela instituição na condução dos seus negócios, das suas atividades e dos seus processos, bem como na sua relação com as partes interessadas.[39]

Essa breve descrição da incorporação da agenda ESG nas orientações e diretrizes do Bacen para o mercado financeiro exemplifica o que quero chamar aqui de constitucionalismo dirigente multinível. A expressão *constitucionalismo multinível* já existe e tem sido utilizada no contexto da harmonização de instâncias, ordens jurídicas e cortes nacionais, internacionais e regionais.[40] Ela resulta "[...] da pluralidade de ordens jurídicas, onde coabitam os sistemas de proteção aos direitos humanos e as ordens constitucionais".[41]

Porém, o constitucionalismo multinível foca quase que exclusivamente na dimensão jurisdicional e tem uma preocupação mais direcionada à efetivação dos direitos fundamentais por meio de decisões de cortes. Essa é uma dimensão importante, mas procurei demonstrar alhures que o foco único e exclusivo na atividade jurisdicional pode gerar patologias sociais.[42] Esses riscos de patologias sociais são facilmente identificáveis na área da saúde: pesquisas empíricas têm mostrado distorções do foco exclusivo de concretização do direito fundamental à saúde pela via jurisdicional. Rister demonstra em detalhada pesquisa que o foco excessivo na visão adjudicante gera um paradoxo: de um lado, numa perspectiva micro, a busca pela concretização da saúde permanece ilusória, dado que medicamentos, procedimentos hospitalares etc. são bens escassos que, portanto, dependem de decisões sobre alocações de recursos que deveriam ficar ao encargo de outros sistemas, como o político ou mesmo o econômico. Num nível macro, esse foco adjudicante gera o risco de corrupção, como se pode ver na famosa "Máfia das Próteses".[43]

Esse fenômeno não é realidade somente no Brasil: Hirschl em pesquisa empírica realizada em quatro países mostra esse movimento de retirada do sistema político de todos os temas controversos e de sobrecarga das cortes constitucionais, que

---

39 Art. 3º, da Resolução CMN nº 4.945, de 15.9.2021.

40 CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 113-150, jul./dez. 2021.

41 CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 113-150, jul./dez. 2021. p. 114.

42 Ver, a esse respeito: SAAVEDRA, Giovani. *Jurisdição e democracia*: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

43 LIMA, Fernando Rister de Souza. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 691-717, set./dez. 2016. Ver, a esse respeito também: RAMOS, Pedro. *A máfia das próteses*. Uma ameaça à saúde. São Paulo: Évora, 2016.

passam a ter de decidir sobre temas que as casas legislativas pretendem evitar pelo risco de perda de votos.[44] Outros estudos focam na falta de capacidade de as cortes e tribunais superiores efetivamente promoverem mudanças sociais, chegando à derradeira conclusão de que, apesar da intenção positiva, a realidade é que elas não conseguem.[45] Não é à toa que autores como Tushnet buscam "levar a Constituição para longe dar cortes".[46] As evidências empíricas dos aspectos patológicos de uma visão centralizadora do aspecto jurisdicional da concretização dos direitos fundamentais são por demais convincentes para que nela se continue insistindo.

Ao contrário dos autores citados, porém, entendo que o aspecto jurisdicional tem seu papel relevante, mas ele precisa ser conjugado com uma análise *diretiva* multinível: retomando o debate sobre a eficácia jurídica e a eficácia social (efetividade),[47] propõe-se, aqui, que se amplie a compreensão da constituição e da concretização constitucional "para além das cortes".[48] Como bem mostra Sarlet, sempre que se está tratando de "normas constitucionais impositivas de programas, fins e tarefas (normas de tipo programático, como ainda preferem alguns) se está de regra (recorrendo à terminologia habitual) diante de normas de eficácia limitada ou reduzida".[49] Nesse caso, não se pode dispensar "para que tais normas cumpram sua função, uma atuação do legislador infraconstitucional, mas também dos demais órgãos estatais".[50]

O único ponto que se pretende acrescentar a essa análise é que existe uma outra dimensão da sua eficácia social, que é aquela do mercado: conforme se pode analisar no presente artigo, o processo de aprendizagem sobre a evolução do Estado de bem-estar social até o surgimento do ESG aponta para uma dimensão de concretização dos direitos fundamentais sociais e ambientais no âmbito do

[44] HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences oft the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

[45] Ver, a esse respeito, os já clássicos estudos de Rosenberg e Klarman: ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. Can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago, 1993; KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights*. The Supreme Court and the struggle for racial equility. Oxford: Oxford, 2004.

[46] TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

[47] Ver, a esse respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 134-159.

[48] SAAVEDRA, Giovani. *Traditionelle und kritische Rechstheorie*. Die Reflexionsstufen der Rechtsanalyse. Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe Universität – Frankfurt am Main. 2008.

[49] Ver, a esse respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 157.

[50] Ver, a esse respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 157.

mercado. Essa dimensão de concretização acontece por meio de regulações da atividade financeira e empresarial, que não tem caráter interventivo, mas indutor de processos de concretização dos direitos fundamentais.

Com esse entendimento, dá-se uma nova dimensão à força normativa da Constituição propugnada por Hesse:[51] a eficácia da Constituição para além das cortes. A eficácia dos direitos fundamentais teria, portanto, uma dimensão de eficácia jurídica, que se perfectibiliza especialmente pela jurisprudência e atuação dos tribunais, mas também teria uma eficácia social, que teria especialmente duas funções: a de reconhecimento intersubjetivo[52] dos cidadãos, que atua na concretização da Justiça Social[53] e da dimensão da distribuição, que atua na concretização da justiça distributiva ou de igualdade.[54]

Um dos pontos que o presente artigo deixou em aberto e que precisa ser aprofundado em pesquisas ulteriores é o de como essas esferas de eficácia interagem e que limites impõem à atuação jurisdicional ou constitucional. No espaço deste artigo, apenas conseguimos indicar o caminho a ser seguido: cada esfera deverá ter um espaço autônomo de concretização, que não pode ser ocupado pela outra sob pena de gerar patologias sociais como vimos no caso da saúde: se a jurisdição constitucional arroga para si, ou seja, para o espaço de aplicação do direito um âmbito de proteção e concretização dos direitos fundamentais que pertence à dimensão de eficácia social, o resultado será sempre paradoxal: a aplicação dos direitos fundamentais com a pretensão de sua proteção e/ou concretização vai gerar exatamente o contrário, corrupção, desigualdade e violação de direitos fundamentais. Nesse sentido, o ganho que se tem com a teoria aqui apresentada é viabilizar a compreensão adequada dos espaços de concretização e proteção dos direitos fundamentais para que alcancem a máxima medida possível de eficácia social e jurídica.

---

51 HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung (1959). *In*: FRIEDRICH, *Manfred*. Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. p. 77-100.

52 Utiliza-se aqui o conceito de reconhecimento no sentido de Axel Honneth. Ver, a esse respeito: HONNETH, Axel. *Anerkennung*. Eine europäische Ideengeschichte. Berlin: Suhrkamp, 2018; HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriβ einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2010; HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

53 Sobre o conceito de justiça social na Constituição Federal brasileira, ver: BARZOTTO, Luiz Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 183.

54 Ver, a esse respeito: HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribución como reconocimiento*. Um debate político-filosófico. Madrid: Morata/Fundación Paideia Galiza, 2003; HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribution or Recognition*: a political-philosophical exchange. London/New York: Verso, 2003.

Considerações finais

O presente trabalho procurou estabelecer os fundamentos do ESG e demonstrar sua conexão com os conceitos de capitalismo *stakeholder* e direitos humanos e fundamentais. Num primeiro momento, tratou-se do surgimento da agenda ESG e sua conexão com o debate constitucional, especialmente aquele desenvolvido a partir do surgimento do Estado de bem-estar social. A partir dessa análise, ficou clara a relação entre direitos fundamentais, agenda ESG e uma nova forma de constitucionalismo, que no presente artigo foi chamado de dirigismo constitucional multinível. O trabalho mostra que o modelo de constitucionalismo diretivo multinível é o que dá a compreensão adequada dos espaços de concretização e proteção dos direitos fundamentais para que alcancem a máxima medida possível de eficácia social e jurídica.

Referências

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa*. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

ARNER, Douglas. Development of the American Law of Corporations to 1832. *SMU Law Review*, v. 55, issue 1, p. 23-58, 2002.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Relatório de riscos e oportunidades sociais, ambientais e climáticas*. Brasília: Bacen, dez. 2022. v. 2.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-52, abr./jun. 1999.

BERG, Florian; KÖLBEL, Julian F.; RIGOBON, Roberto. *Aggregate confusion*: the divergence of ESG Ratings. Zurich: MIT Sloan, 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3438533. Acesso em: 20 fev. 2023.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: Routledge, 1932 (1968/1991).

BUSINESS Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation. *Business Roundtable*, 19 ago. 2019. Disponível em: https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 113-150, jul./dez. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, dez. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

CLAKSON, Max. B. E. *The Corporation and its stakholders*: classic and contemporary readings. Toronto: University of Toronto Press, 1998.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONMAKER, Adam; MADSBJERG, Saadia. The state of socially responsible investing. *Harvard Law Review*, 17 jan. 2019.

COUTINHO, Jacinto Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERBLI, Felipe. O Estado de direito ainda é social? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, p. 89-131, 2014. Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GADINIS, Stavros; MIAZAD, Amelia. Corporate Law and Social Risk. *Vanderbildt Law Review*, v. 73, n. 5, p. 1401-1477, 2020.

GADINIS, Stavros; MIAZAD, Amelia. *Sustainability in Corporate Law*. 2019. (draft). Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335746770_Sustainability_in_Corporate_Law.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.

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

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821)* [Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen]. Berlin: Suhrkamp, 1976.

HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung (1959). *In*: FRIEDRICH, *Manfred*. Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. p. 77-100.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences oft the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HONNETH, Axel. *Anerkennung*. Eine europäische Ideengeschichte. Berlin: Suhrkamp, 2018.

HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit. Berlin: Suhrkamp, 2011.

HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2010.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribución como reconocimiento*. Um debate político-filosófico. Madrid: Morata/Fundación Paideia Galiza, 2003.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. *Redistribution or Recognition*: a political-philosophical exchange. London/New York: Verso, 2003.

INTERNATIONAL BUSINESS COUNCIL OF THE WORLD ECONOMIC FORUM. *The New Paradigm*. A Roadmap for an Implicit Corporate Governance Partnership between Corporations and Investors to achieve sustainable long-term investment and growth. 2016. Disponível em: https://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.25960.16.pdf.

JONES, Ian; POLLITT, Michael. *The role of buniness ethics in economic performance*. New York: St. Martin's Press, 1998.

KLARMAN, Michael J. *From Jim Crow to civil rights*. The Supreme Court and the struggle for racial equility. Oxford: Oxford, 2004.

LIMA, Fernando Rister de Souza. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 691-717, set./dez. 2016.

LYDENBERG, Steven. *Corporations and the public interest*. Guiding the invisible hand. São Francisco: Berrett-Koehler, 2005.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. Do direito comercial ao direito empresarial. Formação histórica e tendências do direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 24, p. 7-36, 2004.

MORAIS, Fausto Santos de; SANTOS, José Paulo Schneider dos. A teoria da Constituição dirigente como imaginário para a hermenêutica constitucional brasileira. *Revista de Direito Brasileira*, ano 5, v. 10, p. 107-124, 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN. Acesso em: 15 nov. 2019.

PINTO, Paulo Mota. *Direitos de personalidade e direitos fundamentais*: estudos. Coimbra: Gestlegal, 2018.

PRADO, Ney. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988*: subsídios à revisão constitucional. São Paulo: Instituto Liberal, Ed. Inconfidentes, 1994.

PRINCIPLES for Purposeful Business: How to deliver the Framework for the Future of the Corporation. *British Academy*, 2019. Disponível em: https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/224/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

RAMOS, Pedro. *A máfia das próteses*. Uma ameaça à saúde. São Paulo: Évora, 2016.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. Can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago, 1993.

RUGGIE, John Gerard. *Just business*. Multinational corporations and human rights. New York/London: W.W. Norton & Company, 2013.

RUGGIE, John Gerard; MIDDELTON, Emily K. Money, millennials and human rights: sustaining 'sustainable investing'. *Global Policy*, v. 10, issue 1, p. 144-150, fev. 2019.

SAAVEDRA, Giovani. *Jurisdição e democracia*: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAAVEDRA, Giovani. *Traditionelle und kritische Rechstheorie*. Die Reflexionsstufen der Rechtsanalyse. Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe Universität – Frankfurt am Main. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. Eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 134-159.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-36.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTEREIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes; CHAVES, Vitor Pinto. Dirigismo constitucional e mudanças institucionais: uma crítica a partir de Unger. *Cadernos Aslegis*, n. 46, p. 137-159, maio/ago. 2012.

TIROLE, Jean. Corporate governance. *Econometrica*, v. 69, n. 1, jan. 2001.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

UNITED NATIONS – HUMAN RIGHTS. Office of The High Commissioner. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. United Nations: New York/Geneva, 2011.

WINKLER, Adam. *We the corporations*. How American businesses won their civil rights. New York: Liveright, 2018.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Davos Manifesto 2020*: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/. Acesso em: 20 fev. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAAVEDRA, Giovani. ESG e a força normativa dos direitos fundamentais: retorno da Constituição dirigente? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 313-331, jul./dez. 2023.

Submissão: 24.10.2023
Pareceres: 02.11.2023, 09.11.2023
Aceite: 21.11.2023

REVENDO RAWLS E OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA A PARTIR DA CRÍTICA PROCEDIMENTAL HABERMASIANA

REVIEWING RAWLS AND THE PRINCIPLES OF JUSTICE FROM THE HABERMASIAN PROCEDURAL CRITICISM PERSPECTIVE

Eduardo Ribeiro Moreira

Professor Associado III de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor de Mestrado e Doutorado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP) e em Filosofia Prática (IFCS-UFRJ). Livre Docente em Direito Constitucional pela USP. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Doutor pela Universidade Castilla la Mancha, onde realizou investigação em períodos de três meses ininterruptos em 2007, 2009 e 2009. *Visiting Scholar* pela Fordham University Law em 6 meses entre 2010, com pesquisas sobre federalismo. Em 2014, gozou de ano sabático na Fordham University, exercendo diversas atividades acadêmicas, inclusive as de docência no Mestrado e Doutorado. Entre 2016-2018, realizou terceiro *pós-doc* na Universidade Federal Fluminense, PPGE, com pesquisas sobre distribuição de renda e igualdade econômica. Em 2022, inicia quarto *pós-doc* na Birkbeck University em Londres. É líder do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional Contemporâneo. *E-mail*: eduardomoreira@terra.com.br.

Maria Eugênia Bunchaft

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Universidade Estácio de Sá. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Parecerista *ad hoc* do CNPq. *E-mail*: bunchaftmaria1@gmail.com. Orcid: 0000-0002-5290-260X.

Resumo: O presente trabalho objetiva realizar uma síntese da obra *A theory of justice*, de John Rawls, por meio de um mapeamento das principais críticas que surgiram no debate teórico estabelecido no âmbito da filosofia política, analisando a crítica habermasiana às concepções de posição original, de consenso sobreposto e de razão pública. Defende-se, como hipótese provisória, a tese de que, embora a liberdade seja prioritária no sistema de Rawls e consiga transcender os interesses individuais, abarcando, também, os sociais, a atualização rawlsiana do imperativo categórico não se revela suficientemente procedimental e deliberativa, inviabilizando a assunção recíproca de perspectivas dos participantes. Sustenta-se que não apenas a estabilidade do consenso sobreposto pressupõe a aceitação fática (e

não aceitabilidade racional), mas que, apesar da diferenciação dos três tipos de justificação, o consenso sobreposto razoável permanece desprovido de sentido universalista e procedimental. A pesquisa utiliza o método reconstrutivo de Habermas, que encontra potenciais emancipatórios na própria sociedade. Como técnica de pesquisa, usa-se a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica que irá incidir sobre o marco teórico de Rawls. Também, serão usados os marcos teóricos de Will Kymlicka, Amy Gutmann, Herbert Hart, com ênfase nas críticas procedimentais de Habermas.

Palavras-chave: Teoria da Justiça. Princípios de justiça. Democracy. Rawls. Habermas.

Abstract: The present paper aims to accomplish a synthesis of John Rawls' work in *A theory of Justice* through a mapping of the main criticisms that emerged in the theoretical debate established within the scope of the political philosophy, analyzing the Habermasian criticism of the conceptions of original position, overlapping consensus and public reason. It is argued, as a provisional hypothesis, that, although freedom is a priority in Rawls's system and it transcends individual interests, also encompassing social ones, the Rawlsian update of the categorical imperative does not prove to be sufficiently procedural and deliberative, making it impossible a reciprocal assumption from the participants'perspectives. It is argued that the stability of the overlapping consensus not only presupposes factual acceptance (rather than rational acceptability), but, despite the differentiation of the three types of justification, the reasonable overlapping consensus remains devoid of universalist and procedural sense. The work uses Habermas' reconstructive method, which finds emancipatory potentials in society itself. The indirect documentation by means of bibliographic research is utilized as research technique applied to the Rawlsian theoretical framework. Also, it will be used the theoretical frameworks of Will Kymlicka, Amy Gutmann, Herbert Hart, with emphasis on Habermas's procedural criticisms.

Keywords: Theory of Justice. Principles of justice. Democracy. Rawls; Habermas.

Sumário: **1** Introdução – **2** A estrutura básica da sociedade – **3** A posição original – **4** Os princípios da justiça – **5** A crítica ao princípio da neutralidade do Estado e ao suposto atomismo social – **6** O debate com Jürgen Habermas: a teoria da justiça rawlsiana como insuficientemente deliberativa – **7** Conclusão – Referências

Summary: **1** Introduction – **2** The basic structure of society – **3** The original position – **4** The principles of justice – **5** The criticism of the principle of state neutrality and supposed social atomism – **6** The debate with Jürgen Habermas: the Theory of Justice by Rawls as insufficiently deliberative – **7** Conclusion

1 Introdução

A problemática dessa pesquisa desenvolve-se dentro da elaboração da teoria procedimental da justiça de John Rawls, sendo voltada à distribuição de bens e de posições sociais, tal como preconizada na obra *Uma teoria da justiça* (2008). Entretanto, muitas das críticas a este marco teórico estão eivadas de más-interpretações, por analisarem aquém ou além dos objetivos e dos fundamentos da teoria, motivo pelo qual é necessário delimitar bem o tema para que as considerações e as críticas sejam mais pertinentes e precisas.

O presente trabalho tem como objetivo geral a exposição adequada e uma síntese das obras *Uma teoria da justiça* e *O liberalismo político*, de John Rawls (2008; 2016), por meio de um mapeamento das principais críticas que surgiram no debate teórico estabelecido no âmbito da filosofia política, analisando especialmente

a crítica habermasiana às concepções de posição original, de consenso sobreposto e de razão pública.

Sustentam-se os seguintes objetivos específicos:

1 – delimitar os aspectos conceituais fundamentais da ideia de estrutura básica da sociedade;
2 – elucidar a construção filosófica rawlsiana relativa à posição original;
3 – explicar a teorização rawlsiana dos dois princípios de justiça, aparentemente inconciliáveis;
4 – analisar as críticas à neutralidade estatal e ao suposto atomismo social;
5 – apurar as contribuições fundamentais estabelecidas pela crítica habermasiana à possível falta de sentido procedimental na teoria rawlsiana em conceitos como posição original, consenso sobreposto e razão pública, apurando a estratégia de diferenciação dos três tipos de justificação.

A justificativa do trabalho dá-se em razão da relevância do tema, porque a teoria de Rawls é tão influente que inspirou todo um debate teórico com os autores comunitários na década de 1980. Não obstante a riqueza de contribuições, uma leitura preliminar sugere que muitas destas considerações críticas a Rawls sejam perpassadas por interpretações equivocadas a respeito da proposta rawlsiana. Essa e outras questões serão analisadas ao longo da pesquisa por meio de um mapeamento do debate teórico na década de 1980, resultante da obra *Uma teoria da justiça*, culminando no debate com Habermas (1998) na década de 1990 e que teve como ponto culminante a obra do filósofo alemão (2007) *Entre naturalismo e religião – Estudos filosóficos.*

No que concerne à justificativa, essa questão é importante sob os aspectos teórico e prático, pois Rawls reflete sobre a elaboração de um modelo universal de justiça e pretende elaborar um mecanismo em que as instituições básicas da sociedade auxiliarão na distribuição de justiça. A partir das contribuições de Habermas, é possível facilitar a compreensão da teoria rawlsiana e melhorar a direção do debate sobre o assunto em termos mais radicalmente universalistas e procedimentais.

Com efeito, a publicação de *O liberalismo político* também inaugurou um segundo momento na literatura crítica à teoria da justiça rawlsiana. Assim, embora o artigo trate apenas dos conceitos principais de *Uma teoria da justiça* e de sua intensa repercussão no cenário acadêmico norte-americano durante a década de 1980, elegeu-se Habermas (1998; 2003; 2007) como o principal interlocutor do debate teórico, que não apenas elucidou a temática relativa à concepção rawlsiana de posição original, mas afirmou a centralidade da dimensão deliberativa da justiça.

No estrito objeto da pesquisa, é importante delimitar que a contribuição crítica inicial habermasiana foi formulada em 1995, em *Reconciliation through the Public*

Use of Reason: remarks on John Rawls's Political Liberalism, no periódico *Journal of Philosophy*, de modo que o presente artigo pretende direcionar as contribuições da ética discursiva para a análise dos conceitos rawlsianos desenvolvidos nas obras *Teoria da justiça* e *O liberalismo político*. Entre esses conceitos, elencam-se categorias rawlsianas como: posição original, princípios de justiça, véu da ignorância e estrutura básica da sociedade. Portanto, o debate teórico e as considerações habermasianas sobre conceitos rawlsianos formulados na década de 1990, como consenso sobreposto e razão pública, também serão analisados.

Assim, os principais problemas do trabalho consistem nos seguintes questionamentos:

1 – Os princípios de justiça, ao priorizarem as liberdades básicas, garantem, da mesma maneira, os aspectos sociais?

2 – Tendo como fundamento as contribuições da ética discursiva habermasiana, em que medida conceitos rawlsianos como posição original, consenso sobreposto e razão pública assumem um ponto de vista suficientemente deliberativo, procedimental, universalista, e como a estratégia de diferenciação dos três tipos de justificação supera as críticas do filósofo alemão?

Sustenta-se que, possivelmente, a liberdade e a igualdade são os conceitos por excelência que garantirão a paridade de condições necessárias para formular a estrutura básica da sociedade. Como hipóteses provisórias, defende-se que:

1 – a liberdade é prioritária no sistema de Rawls e consegue transcender os interesses individuais, abarcando também os sociais;

2 – a atualização rawlsiana do imperativo categórico não se revela suficientemente deliberativa, inviabilizando a assunção recíproca de perspectivas das partes na posição original, de modo que não apenas a estabilidade do consenso sobreposto pressupõe a aceitação fática (e não aceitabilidade racional), mas que, mesmo com diferenciação dos três tipos de justificação, o consenso sobreposto razoável permanece desprovido de sentido universalista e procedimental;

3 – a estratégia habermasiana de tradução cooperativa da verdade revela maior alcance conceitual para tratar das temáticas da tolerância e da religião.

Estas hipóteses poderão ser corroboradas ou não ao longo do trabalho. A pesquisa utiliza o método reconstrutivo de Habermas (1998; 2003), que encontra potenciais emancipatórios na própria sociedade. Nos próprios fenômenos sociais, existem elementos que viabilizam o aprendizado moral e a transcendência das limitações contextuais a partir de um embate deliberativo que parte da inclusão discursiva das concepções de bem. Este método será utilizado para responder ao principal problema de pesquisa e para corroborar as hipóteses principais, desvendando a relevância ou a ausência do potencial racionalizador do debate democrático

dos cidadãos e das doutrinas abrangentes por eles subscritas e que integram o consenso sobreposto, assim como na justificação da concepção política de justiça.

O método reconstrutivo (HABERMAS, 1998) testará a suposta coerência rawlsiana na sua *Réplica a Habermas* (RAWLS, 1998) em afirmar o caráter deliberativo da justiça como equidade com fundamento na diferenciação dos três tipos de justificação, por meio da qual pretende conectar estabilidade e legitimidade do sistema político. Outrossim, o método supracitado permitirá uma análise consistente sobre o caráter procedimental da ideia de posição original e investigará, também, se Rawls (1998) diferencia com precisão teórica questões de aceitabilidade e de aceitação fática.

Por fim, o referido método reconstrutivo oportunizará compreender, de modo procedimental, a concepção rawlsiana do *Proviso*, isto é, a tradução de razões não públicas para uma linguagem política na hipótese de introdução de argumentos religiosos na esfera pública informal, apurando se a estratégia habermasiana de tradução cooperativa da verdade revela (ou não) maior alcance conceitual para tratar das temáticas da tolerância e da religião (HABERMAS, 2007).

Como técnica de pesquisa, usa-se a documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica, que irá incidir sobre os marcos teóricos de Rawls, tendo como fio condutor as obras *Uma teoria da justiça* e *O liberalismo político*, ambas de Rawls (2008; 2016). Também serão utilizados artigos e outras obras publicados por diversos comentadores desse autor, como Will Kymlicka, Amy Gutmann, Herbert Hart, com ênfase nas críticas procedimentais de Habermas.

2 A estrutura básica da sociedade

Na obra *Uma teoria da justiça*, John Rawls (2008) procurou desenvolver a ideia da justiça, concebida dentro de um sistema isolado de outras sociedades. A obra foi um dos mais importantes marcos teóricos que renovou o estudo da teoria política nas décadas de 1970 e 1980 (MULLHALL; SWIFT, 1997, p. 1). Prosseguindo na tradição do contrato social, Rawls, a partir do conceito de justiça como equidade, pretendeu formular uma teoria da justiça com alto grau de generalidade e de abstração. Nesse passo, o filósofo substituiu a ideia de estado da natureza pela da concepção da posição original, espécie de palco em que se criam limitações racionais de ordem procedimental, a fim de criar condições para o acordo inicial em relação aos princípios de justiça. Além disso, Rawls procurou elaborar a sua concepção de justiça para confrontar o intuicionismo e, principalmente, o utilitarismo, que eram as duas concepções dominantes dentro da filosofia moral anglo-saxã à época (GARGARELLA, 2014, p. 2-3).

A teoria da justiça de Rawls é mais abstrata e generalista que as teorias do contrato social (Hobbes, Locke e Rousseau). A questão central, para Rawls, não é justificar a existência do poder político coercitivo. A temática fundamental consiste no questionamento: o que é uma sociedade democrática justa? Como as instituições de uma democracia constitucional efetivam os ideais de igualdade e de liberdade? Não se refere, portanto, a uma sociedade ou a um governo específico, mas à estrutura básica da sociedade, cujo objeto é o consenso original.

Nessa elaboração, pessoas livres e racionais estabeleceriam os próprios interesses, aceitariam a igualdade como termo de associação e constituiriam as formas de governo que poderiam ser estabelecidas segundo a equidade. Percebe-se que certas acusações que sofre a teoria de Rawls feitas, por exemplo, pelo feminismo, pela teoria racial ou pelo ambientalismo, não são tão adequadas, tendo em vista que esses assuntos não são objetos de análise desse filósofo, pois estas teorias discutem situações concretas, fugindo das abstrações de Rawls.

Assim, o primeiro objeto dos princípios de justiça social, para Rawls, é a estrutura básica da sociedade. Esta oferece certa concepção de justiça e ordena as principais instituições sociais em esquemas de cooperação, bem como orienta a atribuição de direitos e de deveres daquelas e determina a distribuição adequada dos benefícios e dos encargos da vida social. Essa estrutura é desenvolvida a partir da justiça formal, que é a administração imparcial e consistente das leis e das instituições independentemente de quais sejam seus princípios sociais. Esse elemento é, portanto, relacionado à obediência ao sistema e às condições procedimentais de justiça (RAWLS, 1999, p. 48).

Nessa sociedade bem ordenada preconizada por Rawls, todos aceitam os mesmos princípios de justiça e as instituições básicas atendem a estes. Existe, portanto, um ponto em comum para a satisfação das exigências. A concepção de justiça rawlsiana pretende constituir a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada. Isso significa a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres e determinam a repartição de vantagens relacionadas à cooperação social. Tal estrutura mostra-se necessária, haja vista que os indivíduos nascem sobre diferentes condições socioeconômicas, razões por que se faz necessário atenuar certas desigualdades profundas (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 390).

Outro conceito fundamental para Rawls é o sistema público de regras, o qual consiste no elemento que define os cargos e as posições com seus direitos, deveres, poderes, regras, proibições, penalidades e defesas. Este deve ser analisado sob o viés abstrato, segundo o qual se pode avaliar a possibilidade de conduta expressa pelo sistema de regras ou, em sentido diametralmente oposto, no nível concreto, em que ocorrem as ações especificadas pelas regras nas condutas das

pessoas em certo tempo e lugar. Exemplificando: as práticas sociais em geral, como os jogos, os sistemas, os julgamentos, os parlamentos, os mercados e as propriedades (RAWLS, 1999, p. 47).

As instituições, por sua vez, podem ser entendidas como objetos abstratos na forma de condutas expressas por um sistema de regras ou, de forma concreta, como a realização de ações especificadas por este conjunto de regras no pensamento e na conduta de indivíduos em dado tempo e em dado lugar. Por terem essas características, elas são direcionadas em conformidade ao entendimento público de que o sistema de regras deve ser obedecido. As instituições parlamentares são um bom exemplo neste sentido, vez que elas possuem regras que definem parâmetros para os seus cursos de ação (RAWLS, 1999, p. 48).

Outra ideia importante para o sistema de Rawls é o equilíbrio reflexivo, pois, dentro da realidade, podem ocorrer situações discrepantes. Neste, pode-se modificar a situação inicial ou revisar os juízos. Rawls diz que o equilíbrio reflexivo é equilibrado porque os princípios e as opiniões coincidem, e é reflexivo, pois se sabe com quais princípios os julgamentos se conformam e se conhecem as premissas de que derivam. Portanto, haverá avanços e recuos até a ocorrência da compatibilização da situação inicial com as novas convicções ajustadas e apuradas (RAWLS, 1999, p. 18).

Além disso, Gutmann afirma que as observações de Rawls sobre a justificativa e o construtivismo kantiano tornam explícita a contingência de princípios de justiça desse filósofo. Desse modo, a posição original deve ser revisada a fim de que os princípios resultantes não acomodem nossas convicções mais firmes. A justificação não se refere à dedução de certas premissas, mas a criar um modo de dar suporte às diversas considerações de modo a chegar a uma visão coerente (GUTMANN, 1985, p. 312).

Para o atendimento dessa concepção de sociedade justa, Rawls utiliza-se de ideias de razão prática em que pessoas livres e iguais criariam um entendimento baseado na razão pública. Naquela, existiria um sistema de liberdades fundamentais que garantiriam a todos os direitos básicos aos indivíduos da sociedade pelas instituições, retirando-lhe o caráter subjetivista e propondo um espaço de razão pública em que haveria reciprocidade, mutualidade e acordo equitativo. Entretanto, é possível se questionar qual é a vantagem do entendimento com relação ao acordo firmado em condições ideais, sendo completamente diferente da vida presente. Gargarella afirma que Rawls não se interessa em proteger os arranjos institucionais que a teoria deste defende senão em colocar à prova a correção de algumas instituições morais. A principal ideia é que todos têm a mesma importância, isto é, as pessoas equivalem-se. Assim, a igualdade defendida por Rawls não se relaciona ao poder físico, mas à imparcialidade (GARGARELLA, 2014, p. 16).

3 A posição original

Feitas essas considerações, no terceiro capítulo de *A theory of justice*, Rawls (1999) discute a interpretação filosófica da posição original. Sobre esse ponto, ele esboça a natureza das concepções de justiça e explica como as partes devem escolher uma lista de concepções tradicionais. Para tanto, Rawls (1999; 2008) utiliza-se de diversos conceitos importantes como as circunstâncias da justiça, as restrições formais do conceito de justo, o véu da ignorância e a racionalidade das partes contratantes. Posteriormente, sua linha de raciocínio chega aos dois princípios de justiça e ao princípio da utilidade média (RAWLS, 1999, p. 102).

Por fim, examina o princípio clássico da utilidade. Nele, também, é reforçado o aspecto da neutralidade, que requer certa fé nas operações de fóruns não estatais e nos processos de julgamentos individuais e de desenvolvimentos culturais e desconfiança aos fóruns estatais e aos processos de avaliação do bem (KYMLICKA, 1989, p. 899).

Nesse sentido, a posição original corresponde ao estado de natureza dentro da teoria do contrato social, determinando uma situação hipotética que servirá de guia para a formulação de uma concepção de justiça. Com efeito, Gutmann defende que as restrições da posição original são dadas para estimular o compartilhamento de bens primários, mas não de outros, como uma religião particular, com o fito de valorizar a liberdade como condição da vida boa e que não se aceite a imposição política de alguém sobre outro (GUTMANN, 1985, p. 312). A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza, contudo, não é necessário que os homens se resignem a essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável acima do controle humano, mas um padrão de ação humana.

Segundo Gargarella, o véu da ignorância revela o kantismo da teoria de Rawls, uma vez que os princípios da justiça não podem estar sujeitos às meras contingências (GARGARELLA, 2014, p. 22). É moralmente arbitrário, por exemplo, o nascimento de uma pessoa em uma família rica ou pobre. É moralmente arbitrário, também, o fato de uma pessoa possuir grandes talentos enquanto outra seja dotada de poucos. Nesse sentido, os indivíduos não podem ser recompensados ou prejudicados pela loteria natural (GARGARELLA, 2020, p. 27).

Rawls traz observações metodológicas acerca da posição original. Nesse particular, ele afirma que a justiça como equidade tem como ideia intuitiva a concepção de que os princípios primordiais da justiça constituem objeto de um acordo original em uma situação inicial definida. Esses princípios são aqueles que as pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade para determinar os termos básicos de sua associação.

A propósito dessas afirmações, Rawls procura mostrar que os dois princípios da justiça são a solução para o problema da escolha apresentado pela posição original. Nesse momento, as pessoas conseguem assegurar seus objetivos da melhor maneira entre tantos outros possíveis, devendo, para isso, acompanhar a concepção de bem. Destaca-se que, segundo hipótese de Buchanan (1989, p. 1864), os direitos civis e políticos protegem a comunidade solidamente, e as partes na posição original, como representantes das comunidades, reconhecem esse princípio social para o estabelecer e escolheriam não só direitos individuais, mas também coletivos.

Rawls procura descrever a posição original, ressaltando a dificuldade de escolher uma entre tantas concepções possíveis de justiça, principalmente ocupando a posição original. Em face dessa realidade, Rawls toma como dada uma pequena lista de concepções tradicionais da justiça, na qual pretende supor que ela é apresentada às partes, para elegerem, unanimemente, como a melhor, uma única concepção entre as enumeradas. A partir disso, pode-se chegar à decisão por meio de uma série de comparações em pares. Assim, mostrar-se-ia que os dois princípios são preferíveis, já que todos concordam que eles devem ser escolhidos em relação a cada uma das alternativas (RAWLS, 1999, p. 105-108). Rawls limita-se a mostrar a afirmação de que os dois princípios seriam escolhidos entre as concepções da justiça que constam na lista a seguir:

> A. Os dois Princípios da Justiça (em ordem serial) 1. O princípio da maior liberdade igual 2. (a) O princípio da (justa) igualdade de oportunidades (b) O princípio da diferença
>
> B. Concepções Mistas. Substituir A2 por uma das seguintes alternativas 1. O princípio da utilidade média; ou 2. O princípio da utilidade média, submetido a uma das seguintes restrições: (a) Que um certo mínimo social seja mantido, ou (b) Que a distribuição total não seja muito ampla; ou 3. O princípio da utilidade média sujeita uma das duas restrições em B2 e também à restrição da igualdade equitativa de oportunidades C. Concepções Teleológicas Clássicas 1. O princípio clássico da utilidade 2. O princípio da utilidade média 3. O princípio da perfeição D. Concepções Intuicionistas 1. Equilibrar a utilidade total com o princípio da distribuição igual 2. Equilibrar a utilidade média com o princípio da reparação 3. Equilibrar uma lista de princípios prima facie (conforme for adequado) E. Concepções Egoísticas 1. Ditadura da primeira pessoa: Todos devem servir aos meus interesses 2. Cláusula de liberdade: Todos devem agir de forma justa, exceto eu, se assim o escolher 3. Geral: A todos é permitido que

> promovam seus interesses como desejarem. (RAWLS, 1999, p. 107) (Tradução nossa)

Rawls assevera que cada uma dessas concepções tem certamente suas vantagens e seus riscos; qualquer alternativa selecionada terá seus prós e seus contras. A decisão das pessoas na posição original depende de um equilíbrio de várias considerações. Nesse sentido, há um apelo à intuição na base da *teoria da justiça*. Além disso, nenhum dos princípios depende de determinadas condições sociais ou de outra natureza. É importante, dentro desse contexto, notar que a concepção de bem é um conjunto de crenças que deveria conduzir a vida humana, tornando-a digna de ser vivida. Fica claro que esse olhar fica à margem da *teoria da justiça*, uma vez que ela ignora concepções particulares dos indivíduos sobre a vida boa (MULHALL; SWIFT, 1997, p. 5).

O mais importante para o esquema de Rawls é o que se esconde por trás das motivações humanas, isto é, a liberdade de decidir as próprias concepções e de mudá-las quando lhes aprouver. Em outras palavras, pensar em justiça é dar liberdade para que cada um possa fazer suas próprias escolhas. Entretanto, exclui-se dela a análise de qual é a melhor maneira de viver, principalmente diante das arbitrariedades que alguns podem querer impor a outros (MULHALL; SWIFT, 1997, p. 6).

As circunstâncias da justiça podem ser definidas como as condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária. Desse modo, Rawls afirma que, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo voltado para as vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito e, ao mesmo tempo, por uma identidade de interesses (RAWLS, 1999, p. 105-108). Isso ocorre uma vez que a cooperação social possibilita para todos uma vida melhor do que qualquer um teria se tentasse viver apenas por seus próprios esforços.

Assim, os princípios são necessários para que se escolha entre as várias ordenações sociais que determinam essa divisão de vantagens, e para que se firme um acordo quanto às partes distributivas adequadas. Essas exigências definem o papel da justiça. As condições básicas que dão origem a essas necessidades são as circunstâncias da justiça. Rawls enfatiza a condição de escassez moderada implícita (entre as circunstâncias objetivas) e o conflito de interesses (entre as circunstâncias subjetivas) (RAWLS, 1999, p. 110). De tal modo, é possível dizer que as circunstâncias da justiça se verificam sempre que as pessoas apresentam reivindicações conflitantes em relação à divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada.

As circunstâncias objetivas são aquilo que tornam a cooperação humana simultaneamente possível e necessária. Com isso, muitos indivíduos coexistem

em um mesmo território geográfico definido ao mesmo tempo. Esses indivíduos são, *grosso modo*, semelhantes em suas capacidades físicas e mentais; ou, pelo menos, suas capacidades são comparáveis no sentido de que nenhum deles pode dominar os outros. Eles são vulneráveis a ataques e estão todos sujeitos a ter os seus planos frustrados pela união de forças dos outros.

Rawls tem como pressuposto a ideia de que as pessoas na posição original sabem que as circunstâncias da justiça se verificam (RAWLS, 1999, p. 111), bem como as partes tentam promover a sua concepção do bem da melhor maneira possível e que, ao fazerem isso, elas não estão ligadas entre si por vínculos morais prévios. A posição original tem por objetivo incorporar condições amplamente partilhadas e pouco pretensiosas. Uma concepção da justiça não deve pressupor, então, laços abrangentes de sentimento natural.

Rawls conclui supondo que as partes na posição original são mutuamente indiferentes porque elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros. A intenção aqui é imitar a conduta e os motivos dos homens em casos em que surgem questões de justiça. Destarte, a justiça é a virtude de práticas nas quais há interesses concorrentes, e as pessoas se sentem habilitadas a impor seus direitos umas as outras. A explicação dessas condições não envolve nenhuma teoria particular da motivação humana. Em vez disso, seu objetivo é refletir, na descrição da posição original, as relações dos indivíduos entre si, relações estas que preparam o cenário para as questões da justiça (RAWLS, 1999, p. 112).

A situação das pessoas na posição original reflete certas restrições. As alternativas que estão abertas a elas e o seu conhecimento de suas circunstâncias são limitados de várias maneiras. Tais restrições são chamadas por Rawls de limitações do conceito de justo, visto que elas se aplicam à escolha de todos os princípios éticos e não apenas aos princípios da justiça. Se as partes tivessem de reconhecer princípios também para as outras virtudes, essas restrições também se aplicariam (RAWLS, 1999, p. 112).

Nota-se que existem certas condições formais que parece razoável impor às concepções da justiça que se incluem na lista apresentada às partes. A adequação dessas condições normais decorre da função que têm os princípios de justiça na conciliação das reivindicações que as pessoas fazem às instituições e umas as outras. Rawls organiza as condições em cinco grupos: em primeiro lugar, os princípios devem ser gerais, ou seja, deve ser possível os formular sem a utilização do que reconheceríamos intuitivamente como o nome de uma pessoa ou descrições definidas disfarçadas. Com efeito, os predicados usados em sua formulação devem expressar relações e propriedades gerais. Além do mais, uma vez que as partes não têm informações específicas sobre si próprias e sua situação, elas não podem, de qualquer forma, identificar a si mesmas. Por conseguinte, o entendimento desses

princípios não deve exigir um conhecimento de particularidades contingentes nem, com certeza, uma referência aos indivíduos ou às associações (RAWLS, 1999, p. 113).

Em segundo lugar, os princípios devem ser universais em sua aplicação (RAWLS, 1999, p. 114). Devem se irradiar a todos em virtude de todos serem pessoas éticas. Entrementes, se a aplicação de um princípio por todos atingir resultados autocontraditórios ou inconsistentes, ele é excluído. Da mesma forma, seria também inadmissível obedecer a um princípio que fosse razoável apenas quando os outros aceitassem um princípio diferente. Na verdade, os princípios devem ser escolhidos em vista das consequências decorrentes de sua aceitação por todos.

Desse modo, a generalidade e a universalidade são condições distintas. Por exemplo, o egoísmo, na forma da ditadura da primeira pessoa, satisfaz a universalidade, mas não a generalidade. Por sua vez, os princípios gerais podem não ser universais. É possível que sejam formulados para se aplicar a uma classe restrita de indivíduos, por exemplo, aqueles selecionados por meio de características sociais ou biológicas, como a cor do cabelo ou a situação de classe, ou qualquer outro parâmetro.

Uma terceira condição é a publicidade, que surge, segundo Rawls, de uma visão contratualista (RAWLS, 1999, p. 115). As partes consideram que estão escolhendo princípios para uma concepção comum da justiça, acreditando que todos saberão a respeito desses princípios tudo o que saberiam se a sua aceitação fosse o resultado de um consenso. Assim, a consciência geral de sua aceitação universal deveria ter efeitos desejáveis e apoiar a estabilidade da cooperação social.

Outra condição é que uma concepção de justo deve impor às reivindicações conflitantes uma ordenação (RAWLS, 1999, p. 115). Essa exigência nasce diretamente do papel de seus princípios no ajuste de exigências concorrentes. Entretanto, há uma dificuldade de decidir o que seja uma ordenação, e é claramente desejável que uma concepção da justiça seja completa, ou seja, capaz de ordenar todas as reivindicações que possam surgir.

A quinta e última condição é a do caráter terminativo dos princípios (RAWLS, 1999, p. 116). As partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático. As conclusões obtidas a partir desses princípios também permanecem acima das considerações de prudência e de interesse próprio. Isso não significa que esses princípios insistem no autossacrifício, pois, ao formular a concepção do justo, as partes levam em conta seus interesses da melhor maneira possível.

Tomadas em conjunto essas condições impostas sobre as concepções do justo, entende-se que justo é o conjunto de princípios gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma

última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas éticas. Os princípios da justiça são identificados por seu papel especial e pelo assunto a que se aplicam. Mas, por si próprias, as cinco condições não excluem nenhuma das concepções tradicionais da justiça.

Dado o exposto, o objetivo da posição original é estabelecer um processo equitativo de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria que será analisada alhures. Rawls nega a possibilidade da anulação dos efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, que os leva a testar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício (RAWLS, 1999, p. 118).

Toda essa análise será feita mediante o véu da ignorância, segundo o qual todos os membros da posição original desconhecem suas disposições dentro da sociedade, suas habilidades naturais e suas sortes nas distribuições dos bens. Tal procedimento evita que os indivíduos sejam favorecidos pelo acaso natural ou pelas meras contingências sociais. Os princípios não são feitos para beneficiar a condição particular do indivíduo, mas para tentar formalizar o consenso ou o ajuste equitativo (RAWLS, 1999, p. 11). Destaca-se que qualquer sociedade que observe os princípios da justiça como equidade está mais próxima do sistema voluntário, porque os seus membros são autônomos, capazes de colocarem as obrigações em si mesmas de modo racional e desinteressado.

Na *Teoria de justiça* de Rawls, os indivíduos possuem certas limitações nos seus aparatos cognitivos no tocante aos interesses subjetivos, mas não, aos objetivos. Assim, aqueles não conhecem a posição que vão ocupar na sociedade e quais serão seus talentos. A posição original pretende defender que, quando se pensa sobre justiça, as diferenças são ou deveriam ser irrelevantes e as pessoas deveriam ser tratadas de maneira igual. Essa teoria, em suma, defende que os princípios que os indivíduos escolhem não se alterarão pelas injustiças que o mundo real pode ocasionar na distribuição de bens e de posições sociais. Na posição original, há uma espécie de processo de barganha em que os indivíduos escolhem racionalmente em favor do seu autointeresse. Não obstante esse olhar para si próprio, são descartados os efeitos da sorte na vida dos indivíduos, aproximando-se da equidade, que podem assegurar maiores liberdade e igualdade aos indivíduos (MULHALL; SWIFT, 1997, p. 4).

Rawls cria condições negativas ao conhecimento do indivíduo no véu da ignorância, dessa forma, ninguém sabe qual é: 1) o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu *status* social; 2) a sua sorte na distribuição de dotes naturais e de habilidades; 3) sua inteligência e força; 4) a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional; 5) os traços característicos de

sua psicologia; e 6) as circunstâncias particulares de sua própria sociedade, as pessoas não têm informação sobre a geração à qual pertencem.

Por outro lado, algumas informações são conhecidas pelas pessoas: 1) que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência que possa decorrer disso; 2) considera-se como um dado que elas conhecem os fatos genéricos sobre a sociedade humana; 3) entendem as relações políticas e os princípios da teoria econômica; 4) conhecem a base da organização social e as leis que regem a psicologia humana; e 5) presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça (RAWLS, 1999, p. 118-119).

Uma característica importante de uma concepção da justiça é que ela deve gerar a sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando são incorporados na estrutura básica da sociedade, os homens tendem a adquirir o senso de justiça correspondente e a desenvolver um desejo de agir de acordo com esses princípios. Nesse caso, uma concepção da justiça é estável. Esse tipo de informação genérica é admissível na posição original.

Rawls supõe que as pessoas são racionais e que não conhecem a sua concepção do bem na posição original. No entanto, como elas poderiam decidir quais concepções da justiça lhes trazem mais benefícios, visto que essas pessoas preferem ter uma quantidade de bens sociais primários maior em vez de uma menor. Entretanto, elas sabem que, em geral, devem tentar proteger as suas liberdades, ampliar as suas oportunidades e aumentar os seus meios de promover os seus objetivos, quaisquer que sejam eles (RAWLS, 1999, p. 123).

A concepção da justiça elimina as condições que dão origem a atitudes disruptivas. A suposição da racionalidade mutuamente desinteressada, portanto, resulta no fato de as pessoas na posição original tentarem reconhecer os princípios que promovem seus sistemas de objetivos da melhor forma possível. Elas fazem isso tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários, já que isso lhes possibilita promover a sua concepção do bem de forma efetiva, independentemente do que venha a ser essa concepção. Rawls resume a descrição seguindo a lista de elementos da posição inicial e suas variantes:

> 1. A Natureza das Partes §22) a. pessoas ligadas por uma continuidade (chefes de família, ou linhagens genéticas) b. indivíduos isolados c. associações (estados, igrejas ou outras pessoas jurídicas) 2. Objeto da Justiça (§2) a. estrutura básica da sociedade b. regras de pessoas jurídicas c. direito internacional 3. Apresentação de Alternativas (§21) a. lista mais longa (ou mais curta) b. caracterização geral das possibilidades 4. Momento de Entrada (§24) a. qualquer momento (durante a idade da razão) para as pessoas vivas b. todas as pes-

> soas reais (aquelas que estão em alguma época) simultaneamente c. todas as pessoas possíveis simultaneamente 5. Circunstâncias da Justiça (§22) a. condições de Hume relativas à escassez moderada b. as condições acima, às quais se acrescentam outros extremos 6. Condições Formais Impostas aos Princípios (§23) a. generalidade, universalidade, publicidade, ordenação e caráter terminativo b. as condições acima, exceto a publicidade, por exemplo 7. Conhecimento e Crenças (§24) a. véu de ignorância b. informação plena c. conhecimento parcial 8. Motivação das Partes (§25) a. desinteresse mútuo (altruísmo limitado) b. elementos de solidariedade social e boa vontade c. altruísmo perfeito 9. Racionalidade (§§25,28). a. utilizar meios efetivos para atingir objetivos, com expectativas unificadas e uma interpretação objetiva das probabilidades b. como acima, mas sem as expectativas unificadas e usando o princípio da razão insuficiente 10. Condição para o Acordo (§24) a. unanimidade perpétua b. aceitação da maioria, ou alguma outra condição, por um período limitado 11. Condição de Obediência (§25) a. obediência estrita b. obediência parcial em vários graus 12. Ausência de Acordo (§23) a. egoísmo corrente b. estado de natureza. (RAWLS, 1999, p. 126-127) (Tradução nossa)

Rawls supõe que as partes são mutuamente desinteressadas, pois a sua aceitação dessas desigualdades econômicas e institucionais é apenas o reconhecimento das relações de oposição em que os homens se colocam dentro das circunstâncias da justiça (RAWLS, 1999, p. 131). Eles não têm fundamentos para se queixar dos motivos uns dos outros. Logo, as partes discordariam da existência dessas diferenças apenas se ficassem frustradas simplesmente porque percebem ou sabem que os outros estão em melhor situação, mas poderia se supor que elas decidam como quem não é motivado pela inveja.

Portanto, Rawls explica a aceitação do sistema social e dos princípios, que é satisfeita pela lei psicológica, porque as pessoas tendem a amar, a defender e a apoiar qualquer coisa que assegure o seu próprio bem. Uma vez que o bem de todos é defendido, todos adquirem tendência a apoiar o sistema. Os princípios da justiça aplicam-se à estrutura básica do sistema social e à determinação das expectativas de vida. O que o princípio da utilidade exige é justamente um sacrifício dessas expectativas. Quando a sociedade é concebida como um sistema de cooperação destinado a promover o bem de seus membros, parece inviável esperar que alguns cidadãos aceitem, com base em princípios políticos, perspectivas de vida ainda menores para que os outros se beneficiem. Por esta razão, Gutmann afirma que uma das preocupações liberais é que a política seja meio para a intolerância, pois

as tradições poderiam dar ensejo à exclusão das mulheres e das minorias, criar mais benefícios aos brancos e impor a moralidade protestante em nome do bem comum (GUTMANN, 1985, p. 319).

Nesse ensejo, Kukathas e Pettit defendem que o dispositivo contratual da posição inicial visa analisar a viabilidade ou não da estrutura básica da sociedade, tal como identificar o que se busca quando esta é procurada. Serve para limitar a concepção daquilo que é certo sob as condições da publicidade e como a estrutura sugerida pode ser satisfeita. O principal papel do contrato é manter vívido nas mentes dos indivíduos depois que o acordo tiver sido realizado (KUKATHAS; PETTIT, 1990, p. 63).

4 Os princípios da justiça

O capítulo 2 da obra *A theory of justice*, John Rawls (1999) trata dos princípios de justiça, dentro de uma sociedade pluralista, que seriam capazes de conjugar o de liberdade com o de igualdade, princípios aparentemente inconciliáveis, procurando os valores fundamentais entre os membros de uma comunidade pública. Tal estudo pode ser dividido nos seguintes tópicos: 1) as instituições como objetos de justiça e o conceito de justiça formal; 2) os três tipos de justiça procedimentais; 3) o lugar da teoria do bem; e 4) o sentido em que os princípios da justiça são igualitários. Portanto, acima de tudo, Rawls tenta responder o que é uma sociedade justa dentro de critérios de ordem racional, pública e procedimental, utilizando-se de casos padrões de justiça social (RAWLS, 1999, p. 52-53).

Ademais, os princípios da justiça, segundo Rawls, são os conceitos nucleares dentro das instituições sociais e será a partir deles que se escolherão os princípios que regularão a vida dos indivíduos em sociedade. Dentro desse sistema de cooperação, é possível perceber que é vantajoso se associar, haja vista que essa agregação traz vantagens mútuas aos membros. A fim de se racionalizar o processo da escolha, há mais vantagens nessa relação do que apenas no esforço individual (RAWLS, 1999, p. 3-4). Gutmann é preciso quando afirma que a justiça deontológica, aquela na qual Rawls se apoia, não abarca alguma metaética deontológica ou se colapsa dentro de alguma teleologia (GUTMANN, 1985, p. 314).

Deve-se considerar que Rawls admitiu que os homens pudessem discordar sobre a concepção de justiça, mas entende que todos possam concordar que as instituições são justas quando não criam critérios arbitrários na distribuição de direitos e de deveres básicos e que as regras criem um equilíbrio entre as reivindicações dos indivíduos. A distinção entre o conceito e as várias definições de justiça ajuda a identificar o papel dos princípios dentro da justiça social. Existem

também outros problemas sociais relevantes, a saber: a coordenação, a eficiência e a estabilidade (RAWLS, 1999, p. 4-5).

O esquema de cooperação deve ser estável, observando de modo regular suas regras básicas, que devem nortear as ações. Os planos dos indivíduos devem ser adequados aos dos outros a fim de que não se gerem frustrações em relação às expectativas legítimas. Assim, para evitar cair em um mero relativismo, Rawls afirmou que se deve entender que a justiça é a mais importante virtude das instituições e é possível se asseverar que uma concepção de justiça é melhor do que outra quando as suas consequências mais amplas são mais desejadas (RAWLS, 1999, p. 5).

Destaca-se que Rawls concentrou os seus esforços na teoria da conformação estrita, que visa procurar a formulação de uma sociedade justa, e não na teoria da conformação parcial, em que se estudam questões referentes às injustiças praticadas. Não se problematizam assuntos tais quais a teoria da pena, as guerras justas e a oposição aos regimes injustos. Por outra via, Rawls pretendeu formular as bases do entendimento sistemático que resolveriam indiretamente esses problemas, pela via procedimental abstrata (RAWLS, 1999, p. 8).

Rawls divide os propósitos de *Uma teoria da justiça* em duas partes, sendo que a primeira assegura as liberdades básicas individuais e a segunda estabelece as desigualdades econômicas e sociais. Esses dois princípios seriam objetos de consenso na posição original. O primeiro é: "cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras". Por seu turno, o segundo é: "as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos" (RAWLS, 1999, p. 53). Esses princípios referem-se à estrutura básica da sociedade, à atribuição de direitos e de deveres e à regulação das vantagens econômicas e sociais.

Rawls afirma que há dois princípios de justiça que visam regular os sistemas institucionais básicos, a saber: o princípio das liberdades básicas e o da distribuição de riqueza. O primeiro defende que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas, ilustrando tal assertiva a liberdade política, a liberdade de expressão e o direito à propriedade. Não se considera, entre essas liberdades, certos tipos de propriedades, tal qual a de produção, ou a liberdade contratual, por não serem fundamentais à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 1999, p. 53). Entretanto, vale destacar que, segundo Buchanan (1989, p. 859), os direitos individuais têm grande importância para a comunidade, pois a participação na comunidade é um elemento que reforça a autonomia e é um importante ingrediente para o bem do indivíduo.

O segundo princípio (distribuição de renda e de riqueza) desdobra-se em duas partes, pois afirma que as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que: 1) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos; como 2) estejam vinculados a cargos e a posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Nele, organizam-se as desigualdades econômicas e sociais de uma forma em que todos se beneficiem. Em relação a este princípio, é necessário acrescentar que a distribuição de renda não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa a todos de modo a dar posições de autoridade ou de responsabilidade aos indivíduos (RAWLS, 1999, p. 53).

O princípio da distribuição de renda e de riqueza, conforme assevera Rawls, possui expressões ambíguas como em "vantajosas para todos" e "igualmente aberta para todos" (RAWLS, 1999, p. 53). A primeira é entendida como igualmente aberta, segundo princípios de eficiência e da diferença. Por seu turno, igualmente aberto significa aquele que está aberto a talentos adicionado a oportunidades equitativas.

Por outro lado, a segunda expressão aplica-se à distribuição de renda e de riqueza e às organizações que se utilizam das diferenças de autoridade e de responsabilidade. Nela, procura-se apresentar a organização das desigualdades econômicas e sociais de uma forma em que todos se beneficiem. Todavia, esta distribuição incidirá sobre certos bens primários, que todo homem racional presumiria. Em relação a este princípio, é necessário acrescentar que a distribuição de renda não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa a todos de modo a dar oposições de autoridade ou de responsabilidade aos membros da sociedade.

Esses dois princípios, conforme afirma Herbert Hart, iluminam o julgamento dos indivíduos para os ajudar a revelar a estrutura básica da sociedade e no reforço dos princípios. Além disso, quando as partes chegam aos princípios da justiça na posição original, elas se movem ao Estado constitucional e estabelecem os direitos básicos e as liberdades dos cidadãos. Ademais, os legisladores criaram leis segundo essas limitações. Por fim, aplicam-se as regras em casos concretos (HART, 1973, p. 536).

Entretanto, deve-se ressaltar que, segundo Rawls, não se pode justificar a violação às liberdades básicas fundamentais em razão da compensação de maiores vantagens econômicas. Em outras palavras, não se pode aplicar o segundo princípio em detrimento do primeiro. Só haverá limitação nas liberdades quando houver conflito entre elas e não, para justificar uma vantagem econômica ou social. Portanto, Rawls assume que os dois princípios são muito específicos ao seu conteúdo, mas endossa, de maneira geral, que os bens devem ser distribuídos igualmente, exceto quando tragam vantagem para todos (RAWLS, 1999, p. 54).

Na *teoria da justiça como equidade*, o outro não pode ser utilizado como meio. Disso desdobra-se que Rawls procura desenvolver um sistema que proteja a liberdade, garantindo os direitos fundamentais, dando maiores benefícios aos menos favorecidos na posição original. Também se deve garantir a justa igualdade de oportunidades de acessos aos cargos de poder e de responsabilidade. Deve-se ressaltar que Rawls refuta que o princípio da igualdade de oportunidade pressuponha a meritocracia, tendo em vista que aquele apela à reparação, pois os dotes naturais são imerecidos, necessitando que algo seja feito para haver alguma forma de compensação (RAWLS, 1999, p. 63). O princípio da igualdade liberal ainda privilegia os talentos, mas tenta atenuar a influência das contingências naturais e sociais (educação igualitária para todos, imposto de renda diferenciado). Porém, o sistema que Rawls vai defender é o da igualdade democrática, que pressupõe a igualdade equitativa de oportunidades, de modo que os principais cargos e posições sociais estejam abertos a todos.

Desse modo, embora Rawls pressuponha o princípio da neutralidade estatal em relação às concepções de bem, defende um intervencionismo estatal que procura criar estruturas políticas e legais que preservem as condições sociais necessárias para a igualdade equitativa de oportunidades, tendo em vista que as distribuições existentes de renda são efeitos de distribuições anteriores, sendo favorecidas por circunstâncias sociais e eventualidades como a boa sorte, por exemplo. Essa situação é denominada por Rawls de loteria da natureza, razão por que se devem criar estruturas políticas e sociais para amenizá-la. Nesta esteira, tanto a interpretação natural da igualdade quanto a liberal possuem falhas, de modo que Rawls procura mitigar as influências das contingências sociais por meio da distribuição dos bens fundamentais (RAWLS, 1999, p. 64).

Com efeito, para se criar a igualdade democrática é preciso, conforme afirma Rawls, agregar a igualdade equitativa de oportunidades ao princípio de diferença. Este elege uma posição particular por meio da qual as desigualdades econômicas e sociais de estruturas básicas devem ser julgadas. Aquele modelo equitativo deve funcionar, deste modo, como parte de um esquema que melhore as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. Em suma, de acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se for vantajosa ao indivíduo que está na pior condição (RAWLS, 1999, p. 65-70).

Logo, o princípio da diferença endossa que, se não houver uma distribuição que melhore a situação das pessoas, se deve optar por aquela que o faça igualmente. Nesse passo, Rawls justifica a diferença se, e somente se, for vantajosa para aquele que está em piores condições, maximizando as expectativas dos menos favorecidos. Por outro lado, no que concerne ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades, as posições devem estar abertas, conforme Rawls, não apenas

de maneira formal, mas também, com possibilidades de oportunidades equitativas a todos.

Ademais, Rawls diferencia a justiça procedimental perfeita da justiça procedimental imperfeita. A primeira ocorre quando não há um critério independente para um resultado correto, ou seja, existe um processo que irá conduzir necessariamente a um resultado correto e justo. Ela possui como vantagem a desnecessidade de controlar as inumeráveis circunstâncias e posições relativas mutáveis de pessoas particulares, sendo alcançada quando as regras públicas aceitáveis são observadas e a consequente distribuição dos ônus e dos bônus sociais – independentemente do que ocorra em razão disso. O seu acontecimento dá-se quando existe uma clara e independente ideia do procedimento e de um resultado que podem ser antecipadamente assegurados (RAWLS, 1999, p. 75).

Desse modo, a justiça procedimental pura caracteriza-se pela correspondência entre o procedimento e o resultado dá-se pela fundamentação da justiça em um esquema de cooperação oriundo das vontades dos indivíduos (KUKATHAS; PETTIT, 1990, p. 65). Ela pode ser exemplificada em uma situação em que um número x de homens reparte um bolo em que cada um ficará com uma fatia e o distribuidor do bolo receberá o último pedaço. Neste caso, há um critério que independente de divisão justa, antes de o processo acontecer, pois aquele que reparte o bolo não dará fatias de modo a não sobrar nada para ele.

Por seu turno, a justiça procedimental imperfeita é aquela em que é assegurado o resultado, mas não o procedimento. A justiça imperfeita é exemplificada por Rawls pela justiça criminal em que o resultado desejado é a declaração de culpa de um réu se, e somente se, ele cometeu o crime. Todavia, é improvável determinar às regras legais condução necessária ao resultado correto, pois, mesmo que seja cuidadosamente obedecida, e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se chegar ao resultado errado (RAWLS, 1999, p. 75)

Rawls pretende realmente defender o primeiro caso, em que não há um critério independente de um resultado certo. Nele o correto procedimento já alcança o resultado justo (KUKATHAS; PETTIT, 1990, p. 65-66). Assim, a justiça procedimental pura é a medida usada desde o início da análise por Rawls e, se ela não for usada para acompanhar a justiça substancial, esta ocasionará muitas injustiças. Por esse motivo, urge assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura. Esta, por seu turno, pode ser classificada como perfeita, verificando-se quando não há critérios independentes para o resultado correto, tal como o jogo, e a imperfeita, quando existe o critério independente, assim como ocorre com os julgamentos. Logo, o papel do princípio da igualdade equitativa de oportunidades é assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura.

Kukathas e Pettit tentam mostrar que a proposta de Rawls quanto à predominância dos dois princípios (liberdade e igualdade) é suficiente e necessária para determinar a estrutura básica da sociedade, tendo em vista a sua viabilidade e ser a única forma possível. A primeira questão trazida é que apenas os dois princípios poderiam providenciar arranjos para que as pessoas na posição original possam os defender mais tarde. A segunda é que apenas os dois princípios são as alternativas estáveis que conseguem se sustentar por si mesmas. Por fim, a terceira é que os dois princípios são capazes de dar às pessoas a autoestima necessária para facilitar a cooperação social (KUKATHAS; PETTIT, 1990, p. 61).

Assim, na terceira parte de *A theory of justice*, Rawls (1999) traz os argumentos que defenderiam a condição relativa à necessidade desses dois princípios para criar as condições de bem das pessoas. Entretanto, segundo Kukathas e Pettit, Rawls não resolveu por completo o problema da viabilidade dos dois princípios e da sua primazia ante as correntes rivais, bem como o que irá garantir a permanência dos princípios eleitos na posição original. Também não tematizou em que medida outras correntes falham nesse propósito.

Apesar dessa crítica, aqueles autores afirmam que a viabilidade é, em verdade, possibilidade avaliada (KUKATHAS; PETTIT, 1990, p. 62-63). Dessa maneira, o que Rawls faz é trazer uma forte probabilidade para defender que esses princípios são os mais adequados para tratar de questões básicas da sociedade e para criar uma concepção pública de justiça. No entanto, sustenta-se que a defesa argumentativa mais convincente de que os dois princípios são pertinentes para questões básicas da sociedade não se compatibiliza com a estratégia de neutralização idealizada de informações na posição original, pois exigiria a inclusão discursiva da multiplicidade de perspectivas particulares no debate.

5 A crítica ao princípio da neutralidade do Estado e ao suposto atomismo social

Em vista dos argumentos apresentados, uma importante crítica pode surgir quanto ao excesso de individualismo no sistema de Rawls. De início, são bastante conhecidas as críticas dos autores comunitários, que se contrapõem à concepção de pessoa específica do liberalismo igualitário, segundo a qual "o eu antecedo aos seus fins". Gargarella elucida que, para além do fato de o indivíduo pertencer a uma comunidade, a uma categoria ou a um grupo, ele possui a capacidade de questionar essas relações e tradições, podendo inclusive romper com elas (GARGARELLA, 2020).

Mas, para os comunitários, os liberais concebem os indivíduos como independentes uns dos outros, ou seja, como verdadeiros átomos sociais desvinculados da comunidade. Nas reflexões dos autores comunitários, sustentar uma postura atomista implica desconsiderar que os indivíduos somente podem crescer e construir suas identidades dentro de um universo de valores compartilhados e em um contexto particular. Os liberais defendem que o Estado deve ser neutro em relação às concepções de vida boa de uma sociedade pluralista. Diferentemente, na perspectiva dos comunitários, o Estado deve ser um Estado ativista, "comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública" (GARGARELLA, 2020, p. 141).

Na perspectiva de determinados autores comunitários, tais como Sandel, a justiça é apenas uma virtude para "remediar". O surgimento da justiça relaciona-se à inexistência de oportunidade de outras virtudes espontâneas, relacionadas a valores compartilhados como a solidariedade. Nesse ponto, nas reflexões de Sandel, ideia de justiça deveria ser substituída pela ideia de comunidade. "A justiça encontra seu lugar pelo fato de que não podemos conhecer uns aos outros, ou nossos fins, suficientemente para nos governarmos a partir do bem comum" (SANDEL, 1982, p. 183).

De fato, é inegável a enorme importância dos indivíduos e da liberdade em Rawls. Com razão, é imaginável que algumas pessoas possam encontrar outros meios para alcançar os seus fins. Entretanto, Kymlicka critica a concepção, segundo a qual a neutralidade de Rawls é individualista, vez que esse não desconsidera a importância do mundo social em relação à perseguição dos valores individuais. As pessoas não precisariam ser associais para viverem no mundo defendido por Rawls, ao contrário, elas devem desenvolver as relações sociais e os debates necessários para compreender e para perseguir os seus bens individuais (KYMLICKA, 1989, p. 904).

Kymlicka afirma que existem três críticas a respeito do excessivo individualismo na teoria de Rawls: a primeira refere-se ao individualismo da teoria da motivação de Rawls (KYMLICKA, 1989, p. 886). Porém, segundo Kymlicka, essa teoria está equivocada, uma vez que ignora a justificativa de Rawls acerca dos bens primários. Segundo essa, o que as pessoas podem fazer é criar associações significativas (KYMLICKA, 1989, p. 887- 888).

A segunda crítica desse ponto relaciona-se à incapacidade da neutralidade defendida por Rawls em garantir uma cultura pluralista que dá às pessoas o alcance necessário para as escolhas individuais. Porém, Kymlicka defende que a neutralidade também pretende melhorar a gama de opções, e o mercado cultural é valorizado porque ajuda os bons modos de vida a deslocar o mal (KYMLICKA, 1989, p. 893- 895).

A terceira e última objeção aceita que a neutralidade reconheça a necessidade de ter uma estrutura cultural segura, mas também afirma que um diferente tipo de individualismo atomístico é encontrado em Rawls. De acordo com essa crítica, Rawls pensaria que a autonomia é promovida quando julgamentos sobre o bem são retirados do domínio político. Mas, na realidade, os julgamentos individuais exigem a partilha de experiências e as mais diversas deliberações sobre os assuntos públicos, pois os julgamentos individuais sobre o bem sempre dependem da avaliação coletiva de práticas compartilhadas. Entretanto, a neutralidade liberal não nega o compartilhamento social da autonomia individual, mas providencia uma interpretação a respeito dela.

Para Kymlicka, a verdadeira questão não é se os valores ou as autonomias individuais necessitam ser localizados nas relações sociais, mas, em que medida as relações relevantes são políticas (KYMLICKA, 1989, p. 905).

Nesse passo, a ênfase ao individualismo de Rawls não significa necessariamente a negligência à matriz social. A verdade é que a teoria de justiça de Rawls dá uma grande importância à liberdade individual, que só pode ser feita sem que uma pessoa interfira na vida de outro (MULLHALL; SWIFT, 1997, p. 16). No entanto, o presente trabalho sustenta que tal interpretação não significa que Rawls seja um representante do individualismo metodológico. Diferentemente, em Rawls, os indivíduos nascem em estruturas sociais e políticas que moldam as suas vidas. O indivíduo é objeto de justiça apenas indiretamente, pois se encontra mergulhado nas instituições, verdadeiras estruturas de socialização da personalidade.

Por um lado, Rawls defende a tese de que o Estado deve respeitar todas as concepções de vida digna, desde que sejam compatíveis com princípios de justiça e com a dignidade humana fundamental. De outro lado, a ideia de neutralidade estatal não se revela incompatível, mas demanda uma intervenção estatal incisiva na regulação da vida da comunidade para garantir justiça social, concretizando os princípios de justiça. Esse ativismo estatal é reivindicado em nome da ideia de justiça e pressupõe que o sistema institucional esteja estruturado para mitigar e reduzir a influência dos “acasos da natureza”.

Não obstante, como se pretende demonstrar, a privação de informações mobilizada na ideia de posição original poderá ter impactos negativos no esvaziamento de uma discussão mais ampla direcionada à justiça e que é relacionada com a satisfação dos interesses dos possíveis afetados por uma norma ou decisão. O item seguinte trata da crítica da Habermas à teoria rawlsiana.

6 O debate com Jürgen Habermas: a teoria da justiça rawlsiana como insuficientemente deliberativa

O problema maior suscitado em *O liberalismo político* é: "como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais divididos profundamente por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora irreconciliáveis?" (RAWLS, 2016, p. 11). A partir de 1985, por meio das concepções de razão pública e de consenso sobreposto, Rawls passa a explicar a temática da estabilidade política. Rawls diferencia o nível da fundamentação da teoria (*freestanding*) do nível da estabilidade social. A questão é: como uma sociedade perpassada pelo pluralismo, ao mesmo tempo, ser estável sem recair no *modus vivendi* estratégico?

As doutrinas abrangentes e razoáveis aderem à estrutura básica da sociedade à luz da concepção política de justiça. Os cidadãos, como pessoas morais, livres e iguais, justapõem suas doutrinas abrangentes à concepção política de justiça. No entanto, uma parte da concepção política de justiça é derivada do interior da própria doutrina abrangente. Trata-se de um consenso "político-moral entre doutrinas abrangentes" e ético "somente da perspectiva de cada doutrina" (FORST, 2010, p. 123). Refutando as objeções à ideia de consenso sobreposto, elucida que este não é um *modus vivendi*, pois os princípios da justiça alcançam uma aceitação normativa independentemente da mudança negativa na posição de poder de um grupo. Em relação às concepções inclusiva ou exclusiva, deve prevalecer a visão que "melhor encorajar os cidadãos a respeitarem o ideal da razão pública", assegurando, em longo prazo, "as condições sociais da razão pública em uma sociedade bem-ordenada" (RAWLS, 2016, p. 293). Rawls traz como exemplo o contexto no qual uma sociedade não é bem-ordenada e há uma divisão profunda sobre elementos constitucionais essenciais. Os abolicionistas que argumentaram contrariamente ao Sul Pré-Guerra Civil, aduzindo que a instituição da escravidão violava a lei de Deus, não se colocaram contrariamente ao ideal de razão pública, mas fortaleceram a concepção política de justiça. Assim, conclui que os limites adequados da razão pública variam à luz do contexto histórico e social vigente (RAWLS, 2016, p. 295-300).

A teoria de Rawls pode ser pensada como um conjunto de princípios de justiça tendentes a formular o acordo entre indivíduos desinteressados e motivados a proteger e a promover os seus próprios interesses (MULLHALL; SWIFT, 1997, p. 18). Assim, não é possível afirmar que Rawls negue as diferenças sociais, bem como o pluralismo da sociedade contemporânea. Porém o que ele faz é dar destaque à racionalidade de uma apresentação original a qual sugere que Rawls procure a essência racional dos seres humanos (MULLHALL; SWIFT, 1997, p. 19).

Contudo, a principal questão é: como alcançar a essência racional de pessoas morais, livres e iguais sem a incorporar a um procedimento baseado na assunção recíproca de perspectivas por meio do qual os participantes de um discurso racional se colocam no lugar de cada um dos possíveis afetados por uma norma com o objetivo de debater os seus efeitos para os interesses desses atingidos? Nesse ponto, é fundamental elucidar de forma sucinta alguns aspectos da ética discursiva.

6.1 A cooriginariedade entre as autonomias pública e privada e a crítica habermasiana ao déficit deliberativo rawlsiano da ideia de posição original

Habermas elucida que o princípio do discurso (D) representa um princípio neutro em relação ao direito e à moral, pois determina que "são válidas as normas de ação com as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais" (HABERMAS, 2003, p. 142). Trata-se de um princípio que remete a normas de ação em geral e pode alcançar especificações distintas. O princípio do discurso pode ser especificado em um princípio moral da universalização (U) ou em um princípio da democracia, que pressupõe um processo democrático de criação do direito, operacionalizado a partir do consentimento racional de criação do direito.

A estratégia habermasiana é compatibilizar a autonomia privada com a autonomia pública. Os autores liberais recorrem ao risco da tirania majoritária, reivindicando a primazia dos direitos humanos em relação à soberania popular. Os teóricos republicanos enfatizam a práxis de autodeterminação coletiva dos cidadãos por meio do exercício da autonomia pública. Assim, os direitos humanos tornam-se vinculantes somente como elementos de um *ethos* compartilhado (HABERMAS, 1997, p. 133-139).

Portanto, Habermas pontua que, na perspectiva dos autores republicanos, a política é concebida como ato constitutivo do corpo social e do processo de socialização como um todo. A deliberação consiste em uma forma de reflexão sobre o contexto de vida ética por meio do qual os indivíduos se conscientizam de sua interdependência ética. Não existe a ficção teórica do *self* atomizado.

Habermas propugna que a teoria do discurso articula ambas as perspectivas e as integra em um modelo de democracia procedimental que pressupõe a cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular. Assim, os sujeitos de direito somente tornar-se-ão autônomos quando se compreenderem como autores dos direitos aos quais se submetem (HABERMAS, 1997, p. 173). Essa compreensão é fundamental para elucidar o déficit deliberativo rawlsiano.

Nas reflexões de Habermas, Rawls parte da ideia de autonomia política e a modela ao nível da posição original. Mas, quando se levanta o véu da ignorância e surgem cidadãos de carne e osso, todos os discursos de legitimação essenciais à democracia já foram consolidados na teoria e "os resultados dos debates teóricos foram sedimentados na Constituição" (HABERMAS, 1998, p. 66). Assim, os cidadãos não podem vivenciar a Constituição como um projeto democrático, como um processo aberto e inconcluso (HABERMAS, 1998, p. 67).

A atualização rawlsiana do imperativo categórico não se revela suficientemente deliberativa, pois perde seu conteúdo procedimental ao pressupor o mecanismo sistemático da privação de informação. A restrição à informação neutraliza de modo idealizante a multiplicidade de perspectivas interpretativas particulares. Já a ética discursiva, incorporando o ponto de vista moral no procedimento, conduz os participantes a "uma ampliação idealizante de suas perspectivas interpretativas" (HABERMAS, 1998, p. 52).

Para o autor alemão, uma vez que os cidadãos não podem compreender a Constituição como um projeto, o uso público da razão "não tem propriamente o sentido de um exercício efetivo da autonomia pública, e sim serve apenas à manutenção pacífica da estabilidade política" (HABERMAS, 1998, p. 67).

No entanto, Rawls contra-argumenta que as liberdades da autonomia privada e da autonomia pública, se corretamente interpretadas, surgem de modo cooriginário, pois estão enraizadas nas duas faculdades morais: a capacidade de ter uma concepção de bem e de desenvolver um senso de justiça. Desse modo, essas faculdades não estão hierarquizadas e ambas são essenciais ao conceito político de pessoa (RAWLS, 1998, p. 120). De fato, sustenta-se que a ênfase rawlsiana no liberalismo não implica minimizar ou desconsiderar a matriz social e a intervenção estatal para garantir justiça social. No entanto, a questão crucial consiste em que Rawls, ao atribuir prioridade ao primeiro princípio, contradiz a intuição republicana segundo a qual direitos fundamentais e soberania popular surgem cooriginariamente.

6.2 A crítica habermasiana ao consenso sobreposto e à ideia rawlsiana de razão pública no contexto de sociedades pós-seculares

Qual a relevância da deliberação dos cidadãos e das doutrinas abrangentes que integram o consenso sobreposto na justificação da concepção política de justiça? Rawls responde a essa questão com base na diferenciação dos três tipos de justificação, conectando estabilidade e legitimidade do sistema político.

A primeira forma de justificação (*pro tanto*) pressupõe e considera apenas valores políticos fundamentados por meio de razões publicamente aceitas. A seu turno, a justificação plena é operacionalizada por cada cidadão individual integrante da sociedade que adere à concepção política de justiça e que completa essa justificação, a inserindo em sua doutrina abrangente. Mesmo caracterizando-se como uma concepção política independente, ela é incorporada de diversos modos nas diferentes doutrinas abrangentes que os cidadãos professam.

Por fim, a justificação pública realiza-se quando os cidadãos razoáveis de uma sociedade justificam uma concepção compartilhada de justiça, incorporando-a em suas doutrinas compreensivas. Os cidadãos, por meio de um processo de observação recíproca, percebem-se mutuamente como professando doutrinas compreensivas razoáveis, as quais sustentam a concepção política de justiça – o que, segundo Rawls, revela a qualidade moral da cultura pública da sociedade política. Se a concepção política compartilhada é a base pela qual os cidadãos razoáveis promovem um equilíbrio reflexivo geral e amplo, as doutrinas compreensivas aderem e se adaptam a esta concepção de justiça. A justificação pública parte de um consenso sobreposto razoável e tenciona um acordo público operacionalizado pelo equilíbrio reflexivo. Portanto, a justificação pública desvenda a conexão entre estabilidade por razões justas e por legitimidade. Nesse ponto, a estabilidade por razões justas é oportunizada em uma sociedade marcada pelo pluralismo razoável, sendo constitutiva da justificação pública.

Habermas inicia sua estratégia aduzindo que o consenso sobreposto é um processo de observação recíproca entre cidadãos que subscrevem doutrinas compreensivas razoáveis. No entanto, a questão é: como as doutrinas compreensivas alcançam o *status* de razoáveis? Habermas sublinha:

> as concepções políticas razoáveis, que fazem valer os valores políticos e estabelecem igualmente quais concepções religiosas ou metafisicas podem considerar-se razoáveis, não somente têm que ser elaboradas de um ponto de vista imparcial, mas também têm que ser aceitas. (HABERMAS, 1998, p. 173)

Analisando o déficit de universalidade do consenso sobreposto razoável, Habermas assevera que "o ponto de vista moral não vem implicado nem por atitudes razoáveis nem é possibilitado por concepções de mundo razoáveis" (HABERMAS, 1998, p. 163).

Aqui, Habermas está elucidando que, para as doutrinas religiosas ou metafisicas serem consideradas razoáveis, não bastaria serem fundamentadas em um ponto de vista imparcial, sendo central a sua aceitação racional universal em um

debate público, considerando-se a satisfação dos interesses dos possíveis afetados por uma norma e atendendo às exigências do princípio moral. Sob esse prisma, é fundamental relembrar a centralidade que o princípio (U) assume na ética discursiva. Nesse ponto, "o princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses" (HABERMAS, 2003, p. 143). Nos discursos de fundamentação moral, "o princípio do discurso assume a forma de um princípio da universalização" (HABERMAS, 2003, p. 144).

Portanto, a justiça por equidade minimiza o necessário processo de assunção recíproca das perspectivas dos afetados por uma norma, que se revela central no procedimento deliberativo direcionado à observância dos efeitos de uma norma para satisfação dos interesses dos afetados. Em síntese, imparcialidade não implica a aceitação racional universal do resultado estabelecida em termos procedimentais.

Rawls elucida que a concepção de estabilidade decorrente do consenso sobreposto seria um fator de justificação – e, não, de equilíbrio – entre doutrinas abrangentes em conflito. Nas reflexões de Habermas, Rawls deveria diferenciar com mais precisão questões de aceitabilidade e de aceitação fática. Quando Rawls denomina a concepção de justiça como *política*, elimina a distinção entre questões de fundamentação ou aceitabilidade racional das questões de aceitação fática. Em suma, na perspectiva habermasiana, os cidadãos deveriam assumir uma perspectiva discursiva de convencimento da concepção de justiça antes da formulação do consenso.

Outrossim, de acordo com Habermas, a concepção rawlsiana de razão pública pressupõe uma perspectiva psicológica que, embora permita a introdução de concepções religiosas na esfera pública, incorpora o requisito da tradução. Este impõe aos cidadãos a tarefa de, quando se posicionarem na esfera pública informal, empreenderem uma divisão artificial em suas mentes entre valores religiosos e políticos. De acordo com Habermas (2007, p, 144), "muitos cidadãos que se posicionam quanto a questões políticas assumindo uma perspectiva religiosa, não têm nem conhecimentos suficientes para encontrar fundamentações seculares independentes de suas convicções autenticas". E reitera: "a pessoa piedosa encara sua existência a partir da fé. E fé e verdade não é apenas doutrina, conteúdo no qual se crê, mas também fonte de energia da qual se alimenta a vida inteira do crente" (HABERMAS, 2007, p, 144).

Indubitavelmente, o *Proviso* desvenda uma estreiteza da proposta rawlsiana, ao requerer a tradução de razões não públicas para argumentos pautados por uma linguagem política, ensejando uma distribuição assimétrica do exercício da cidadania entre cidadãos crentes e não crentes. Portanto, a estratégia habermasiana de tradução cooperativa da verdade revela maior alcance teórico para tratar da questão

relativa ao papel da religião em sociedades pós-seculares. Em suma, nas reflexões de Habermas, os processos de tradução cooperativa da verdade entre cidadãos crentes e não crentes são fundamentais para preservar a estabilidade do Estado liberal e pressupõe processos de aprendizado moral historicamente estabelecidos. O exercício da liberdade de cidadãos (crentes e não crentes) deve se realizar no marco do sistema de direitos, devendo se autocompreender como participantes do processo legislativo, que gera um tipo de motivação independentemente da dimensão coercitiva do direito (HABERMAS, 2007, p. 150-167).

7 Conclusão

A fim de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade, Rawls adota o princípio da diferença, que determina à sociedade o dever de dar maior atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. O intuito principal é tratar as pessoas igualmente e de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades (RAWLS, 1999, p. 86).

Entretanto, não existe motivo para ignorar as distinções entre os membros da sociedade, tampouco eliminá-las. Em vez disso, a estrutura básica pode ser ordenada de modo que as contingências trabalhem para o bem dos menos favorecidos. Assim, o princípio da diferença é útil para se montar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido ao seu lugar arbitrário na distribuição de dotes naturais ou à sua posição inicial na sociedade sem dar ou receber benefícios compensatórios em troca.

Conclui-se que a teoria de justiça de Rawls é um procedimento de bases intuitivas que visa encontrar um procedimento equitativo de distribuição de bens e de posições sociais, feito por um acordo entre indivíduos desinteressados motivados a proteger e a promover os seus próprios interesses.

Indicou-se que Rawls tenta responder o que é uma sociedade justa dentro de critérios de ordem racional, pública e procedimental, utilizando-se de casos padrões de justiça social. Ressaltou-se a primazia da liberdade de modo a impedir a imposição moral de algum indivíduo sobre outro, bem como a neutralidade estatal quanto às questões morais.

Explicou-se que os dois princípios da justiça atuam como instrumento racional que oportuniza às partes revelar a estrutura básica da sociedade, a fim de se criar um Estado pré-constitucional e de se estabelecer os direitos básicos e as liberdades.

Defendeu-se que Rawls utilizou a justiça procedimental pura como medida desde o início na análise, com o intuito de criar um processo que conduzirá necessariamente a um resultado correto e justo. Assim, apurou-se que ela possui como vantagem a desnecessidade de controlar as inumeráveis circunstâncias e posições

relativas mutáveis de pessoas particulares e garante que, atendido o critério, o resultado será necessário.

Constatou-se que a teoria de Rawls pretende abarcar uma viabilidade com alto índice de probabilidade para defender que os princípios da liberdade básica individual e da distribuição de bens e de posições sociais são os mais adequados para tratar de questões básicas da sociedade e criar uma concepção pública de justiça. Desse modo, Rawls estimula que interesses egoístas se convertam em promoção de fins sociais desejáveis.

Argumentou-se que a predominância dos dois princípios (liberdade e igualdade) é suficiente e necessária para determinar a estrutura básica da sociedade diante da sua grande viabilidade porque traz os arranjos necessários, consegue sustentar a si mesmo e aumenta a capacidade de cooperação social.

Entretanto, como já se salientou, Kukathas e Pettit postulam que Rawls não solucionou plenamente a questão da viabilidade dos dois princípios e da sua superioridade de alcance teórico ante as correntes teóricas rivais, assim como a permanência dos princípios de justiça (KUKATHAS; PETTIT, 1990). Também não problematizou em que medida outras correntes não alcançam esse objetivo. Por outro lado, analisou-se também a crítica dos comunitários ao suposto atomismo social, decorrente do conceito de pessoa rawlsiano, e ao princípio da neutralidade do Estado. No entanto, como já se reiterou, confirma-se a tese de Kymlicka segundo a qual a verdadeira questão a ser analisada não é apurar se os valores ou se as liberdades individuais necessitam ser localizados nas relações sociais, mas, em que medida as relações relevantes são efetivamente políticas (KYMLICKA, 1989, p. 905).

Finalmente, a ênfase ao individualismo de Rawls não significa necessariamente a negligência à matriz social nem o converte em representante do individualismo metodológico. O que ocorre é que a primazia da liberdade individual serve para que uma pessoa não interfira na vida de outro. O que Rawls pretende é ressaltar a essência racional dos seres humanos, defendendo que fazer justiça é dar liberdade para que cada um possa fazer suas próprias escolhas.

De acordo com Rawls, quando a concepção política de justiça é justificada de maneira política (justificação pública), inexistem impedimentos para que as diferentes doutrinas compreensivas razoáveis possam as subscrever, pois esta concepção assegura a reciprocidade. Rawls reitera que o consenso sobreposto razoável alcança adesão das doutrinas razoáveis subscritas pelos cidadãos, mas não depende diretamente destas, já que os cidadãos justificam a concepção política de justiça independentemente do conteúdo de suas doutrinas compreensivas abrangentes, promovendo uma base social profunda. Logo, na perspectiva rawlsiana, o consenso sobreposto razoável revela potencial para promover a estabilidade social com base em razões corretas.

De outro lado, para rawlsianos, o grande legado de Rawls para o debate teórico sobre religião configura a concepção do *Proviso*, isto é, a tradução de razões não públicas para razões públicas na hipótese de introdução de argumentos religiosos na esfera pública informal. Não obstante, como salienta Habermas, a concepção do *Proviso* impõe uma sobrecarga cognitiva sobre cidadãos religiosos, que não conseguem realizar uma divisão artificial em suas mentes entre valores religiosos e políticos.

Com efeito, corroboram-se a primeira e segunda hipóteses, segundo as quais, não obstante a ênfase rawlsiana no individualismo não implicar a desconsideração da matriz social ou um suposto individualismo metodológico, a ideia de posição original em termos de atualização do imperativo categórico não se revela suficientemente deliberativa e procedimental. No que concerne à segunda hipótese, confirma-se que o consenso sobreposto alcança uma dimensão de imparcialidade, mas, não, de universalidade. Ratifica-se a terceira hipótese, que pressupõe o alcance teórico da crítica de Habermas à concepção do *Proviso*, porquanto, em sociedades pós-seculares, revela-se central o papel assumido pelas tradições religiosas na formação de uma consciência normativa dentro da estrutura fundamental do sistema de direito.

Diante do exposto, a posição original não possibilita que os indivíduos transcendam a si mesmos por meio da ampliação de perspectivas a partir de suas próprias concepções de bem. Conclui-se que a proposta habermasiana revela maior alcance teórico para conciliar individualismo e respeito à matriz social, pois a própria escolha de princípios de justiça parte de um paradigma não discursivo. A ética discursiva não pretende uma neutralização idealizante das concepções particulares de vida boa, mas propugna uma inclusão discursiva destas no procedimento argumentativo, por meio de um amplo debate público que oportuniza a efetiva ampliação de perspectivas.

Referências

BARRY, Brian. John Rawls and priority of liberty. *Philosophy and Public Affairs*, v. 2, n. 3, p. 274-290, Spring 1973.

BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. Reprinted from Four Essays for Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BUCHANAN, Allen E. Assessing the communitarian critique of liberalism. *Ethics*, v. 99, n. 4, p. 852-882, jul. 1989.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Teorias de justiça depois de Rawls*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *Teorias de justiça depois de Rawls*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

GUTTMANN, Amy. Communitarian Critics of Liberalism. *Philosophy and Public Affaris*, v. 14, n. 3, p. 308-322, Summer, 1985.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião* – Estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. *In*: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.

HART, Herbert L. A. Rawls on liberty and its priority. *The University of Chicago Law Review*, v. 40, n. 3, p. 534-555, Spring, 1973.

KANT, Immanuel. *Grounding for the metaphysichs of morals*. 3. ed. [s.l.]: Hacktel Publish Company, 1993.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *A theory of justice and its critics*. California: Stanford University Press, 1990.

KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy*: an introduction. 2. ed. Oxford: University Press, 2002.

KYMLICKA, Will. Liberal individualism and liberal neutrality. *Ethics*, v. 99, n. 4, p. 883-905, jul. 1989.

KYMLICKA, Will. Rawls on theology and deontology. *Philosophy and Public Affairs*, v. 17, p. 173-190, Summer, 1988.

LARMORE, Charles. *Political Theory*, v. 18, p. 339-360, Aug., 1990.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. 2. ed. Massachusetts: Blackwell Publishers Inc., 1997.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. *Political liberalism*. 2. ed. Columbia: Columbia Classics in Philosophy, 1995.

RAWLS, John. Réplica a Habermas. *In*: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. Revendo Rawls e os princípios de justiça a partir da crítica procedimental habermasiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 333-364, jul./dez. 2023.

Submissão: 06.04.2023
Pareceres: 11.06.2023, 17.07.2023
Aceite: 18.07.2023

VIGILÂNCIA E MONITORAMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL PARA A GOVERNANÇA DA INTERNET

SURVEILLANCE AND MONITORING IN THE INFORMATION SOCIETY: CONTRIBUTIONS OF DIGITAL CONSTITUTIONALISM TO INTERNET GOVERNANCE

Rodrigo Vitorino Souza Alves

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (Graduação e Pós-Graduação). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Pesquisador líder do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião – Cedire e do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH.

Thobias Prado Moura

Doutorando em Direito e Segurança na Universidade Nova de Lisboa. É pesquisador do WhatNext.Law, vinculado ao Cedis da Nova School of Law, do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH e Membro do Internet Society. *E-mail*: thobiasp.moura@hotmail.com.

Luma Laura Damasceno Góes

Advogada. Mestranda pela University of Toronto. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. *Visiting Student Researcher* na University of Ottawa. Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH. Cofundadora do Núcleo de Traduções do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião – Cedire. *E-mail*: lumalaura@gmail.com.

Resumo: Este artigo tem como escopo analisar o tema da vigilância digital e seus desdobramentos em matéria de direitos humanos e fundamentais, a partir da perspectiva da governança da internet, em especial nos contextos do Brasil e da União Europeia, dois atores com destaque em âmbito global nessa

temática. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se identificar se e como a vigilância impacta na fruição dos direitos fundamentais, discutir o conceito de "constitucionalismo digital" como uma possível resposta aos desafios colocados pela vigilância digital, e realizar uma análise comparativa das especificidades dos modelos de governança do Brasil e da União Europeia. Ao final, conclui-se que, diante dos riscos oferecidos pela intensificação dos processos de vigilância digital, mostra-se imprescindível a adoção de uma abordagem *multistakeholder* para que a governança da internet se coadune com a garantia dos direitos humanos fundamentais e a observância dos princípios do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Governança digital. Governamentalidade algorítmica. Constitucionalismo digital. Proteção de dados. Direitos humanos.

Abstract: The scope of this article is to analyze digital surveillance and its consequences relating to human and fundamental rights, from the perspective of Internet Governance, especially in the context of Brazil and the European Union, two actors with global distinction in this field. Therefore, through bibliographic and documentary research, we sought to identify if and how surveillance impacts the enjoyment of fundamental rights, to discuss the concept of "Digital constitutionalism" as a suitable response to the challenges posed by digital surveillance, and to conduct a comparative analysis concerning the specificities of the Brazilian and the European model of governance. Ultimately, we concluded that, given the risks imposed by the intensification of digital surveillance processes, it is essential to adopt a multistakeholder approach for Internet Governance to be compatible with the guarantees of fundamental human rights and with the observance of the Rule of Law and democracy principles.

Keywords: Digital governance. Algorithmic governmentality. Digital constitutionalism. Data protection. Human rights.

Sumário: **1** Vigilância digital: a técnica econômica e seu governo algorítmico – **2** Constitucionalismo digital: uma resposta à cibervigilância? – **3** Governança da internet: uma resposta pautada no constitucionalismo digital – **4** Considerações finais – Referências

Summary: **1** Digital surveillance: the economic technique and its algorithmic government – **2** Digital constitutionalism. An answer to cybersurveillance? – **3** Internet Governance: a response based on Digital Constitutionalism – **4** Final considerations – References

1 Vigilância digital: a técnica econômica e seu governo algorítmico

A sociedade moderna é o resultado de uma série de transformações sociais que impactaram a ordenação social como um todo, bem como as relações sociais mediadoras do indivíduo. Ela é fruto de uma mudança em seu processo de produção, estruturado historicamente e determinado por meio da experiência e do poder.

O papel do Estado nessa nova dinâmica entre sociedade e tecnologia é o de organizar as forças sociais dominantes para impulsionar o desenvolvimento e a inovação a partir do domínio tecnológico por meio de sua capacidade produtiva. Antoinette Rouvroy e Thomas Berns conceituam a "governamentalidade algorítmica" justamente como a tentativa de clarificar os fenômenos que levaram a essa nova

forma de governo.[1] Rouvroy afirma que a governamentalidade algorítmica traduz-se na hipótese de um governo basear-se no processamento algorítmico de grandes volumes de dados (*big data*) e não em políticas, leis e normas sociais.[2]

A grande capacidade de armazenamento de dados somente passou a ser possível a partir da Revolução Tecnológica moderna, que permitiu saltos computacionais gigantescos e a evolução exponencial do processamento de dados. Nessa esteira, sua presença, cada vez mais onipresente em toda a sociedade – seja em seu ambiente público, seja no privado – permitiu que a coleta de dados fosse grande o suficiente para que se pudesse vasculhá-los com a intenção de descobrir padrões e ajustar a alocação de recursos apropriadamente.

No entanto, ainda que tais processos contribuam para a maximização da eficiência dos sistemas produtivo e social, o enfoque estritamente em sua otimização apresenta sérios problemas emancipatórios nos processos de tomada de decisão. Isso porque, revestidos de "técnica", tais mecanismos ignoram não somente o político, como também quantidades de informação qualitativa, a citar-se a cultura, valores morais e informações de cunho individual ou coletivo, que subsidiam a tomada de decisão, são relevantes à construção da noção de justiça, e que, por isso, permanecem cruciais para se alcançar as finalidades e objetivos comuns da sociedade.[3]

Por isso, a intensificação do uso desses mecanismos algorítmicos, na tentativa de simplificar a complexidade da vida social, pode se converter em um motor de injustiças, sobretudo quando se prescinde de valores e imperativos éticos compartilhados pela comunidade.[4] [5] A moderação automatizada de conteúdo, da forma como é feita pelas plataformas digitais, coloca em risco, por exemplo, a liberdade de expressão, o direito à privacidade, a dignidade da pessoa humana, e o direito

---

1 ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. *Réseaux*, v. 177, n. 1, p. 163-196, 2013. Disponível em: http://dx.doi.org/10.3917/res.177.0163.

2 ROUVROY, Antoinette. Entrevista com Antoinette Rouvroy: governamentalidade algorítmica e a morte da política. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v. 8, n. 3, dez. 2020.

3 BERNS, Thomas; ALMEIDA, Maria Cecília Pedreira de; ALVES, Marco Antonio Sousa. Tornar a revolta impossível. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, v. 8, n. 3, p. 29-37, 31 jan. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26512/rfmc.v8i3.36260.

4 BARTH, Carlos Henrique. É possível evitar vieses algorítmicos? *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 43-44, dez. 2021.

5 Tais mecanismos não se interessam pelo indivíduo, mas sim pela quantidade de dados que ele produz. Esses dados são transformados em relações estatísticas, nem sempre interdependentes, e que podem refletir preconceitos sociais, como o racismo. O Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (Condege) mapeou 58 erros em processos algorítmicos de reconhecimento facial entre junho de 2019 e março de 2020, somente no Rio de Janeiro. Em 80% desses casos, aqueles que foram acusados no inquérito eram negros, sendo que em 86% das ocorrências se decretou a prisão preventiva do suspeito (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial*. 2020. Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf. Acesso em: 6 abr. 2022).

de acesso à informação, pois ainda que uma das justificativas da implementação de tal funcionalidade seja a entrega de conteúdo personalizado e direcionado aos interesses dos usuários, o uso de filtragem algorítmica implica necessariamente a transformação da internet em um ambiente que oculta conteúdos, limitando o acesso a certas informações.[6] [7]

O recurso à técnica computacional sem a consideração abrangente de aspectos ético-morais resulta em prejuízos à autonomia humana e às relações sociais, problema intensificado pela ascensão da vigilância digital, entendida como o monitoramento de cada atividade presente no ciberespaço, como a coleta de dados armazenados em um disco rígido, ou a transferência de dados e seu compartilhamento por meio virtual.[8] Os programas de monitoramento de atividade *on-line* não apenas coletam, mas também processam e classificam o conteúdo encontrado nos bancos de dados.

Nesse contexto, a governamentalidade algorítmica reduz a comunidade a um ativo de vigilância[9] com vistas a manter a estabilidade e perpetuar o contrato, o fim e o meio de um biopoder.[10] Na visão de Edson Teles, esse novo agenciamento confunde sujeito e objeto, a natureza e a cultura, o público e o privado, o humano e

6 Na linha de como os mecanismos de navegação estão se configurando, a internet estaria se transformando em um espaço no qual é mostrado o que se acha que é de nosso interesse, mas é ocultado de nós aquilo que desejamos ou eventualmente precisamos ver. Desse modo, pode-se dizer que a *filter bubble* e seu caráter prejudicialmente paternalista pode implicar restrições a direitos e a garantias fundamentais, à autonomia dos indivíduos e à liberdade de expressão, sendo prejudicial de forma geral para o debate na esfera pública conectada (MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada*: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014).

7 Assim, além de nitidamente macular o direito dos internautas de ter conhecimento de certos conteúdos, tem-se uma limitação excessiva da liberdade de expressão e manifestação, a título de exemplo, rememora-se o caso do Sociólogo e Professor da Universidade Federal do ABC, Sérgio Amadeu, que teve seu vídeo censurado pelo *YouTube*, sob a justificativa de que possuiria "conteúdo perigoso ou depreciativo", quando na realidade se tratava de material crítico ao *Google*, intitulado "Por que as plataformas declararam guerra ao PL 2630?" (DIAS, Tatiana. YouTube veta impulsionamento de vídeo crítico ao Google. *Centro de Estudos da Mídia Alterativa Barão de Itararé*, 2022. Disponível em: https://baraodeitarare.org.br/site/noticias/comunicacao/youtube-veta-impulsionamento-de-video-critico-ao-google. Acesso em: 5 abr. 2022).

8 LYON, David; ZUREIK, Elia. *Computers, surveillance, and privacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996. p. VII.

9 O conceito de ativo de vigilância é entendido pela autora como a combinação entre dados, extração e análise realizada pelo processo de acumulação de dados e informação e capturado a partir de operações automatizadas. Desse modo, tais dados se transformam em ativos, pois atraem investimentos e constroem uma nova forma de mercado chamada pela autora de "capitalismo de informação" que nutre o "capitalismo de vigilância" (ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 40-41).

10 ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

a máquina, o discursivo e o funcional, ao reduzir a subjetividade a um mero estudo sobre a externalidade das ações individuais, ignorando a coletividade e seus valores.[11]

A grande base de dados que retroalimenta essa nova forma de governo é comumente chamada de *big data*.[12] Esta somente é possível, pois a extração de dados inaugura um novo capitalismo, o capitalismo de vigilância, que pode ameaçar a liberdade alcançada pelo Estado democrático de direito:[13]

> Os capitalistas de vigilância possuem amplos direitos de privacidade e, portanto, muitas oportunidades para segredos. Estes são cada vez mais utilizados para privar as populações de escolha no que diz respeito a que partes de sua vida desejam manter em sigilo. [...] Os capitalistas de vigilância exploraram de forma hábil um lapso na evolução social, uma vez que o rápido desenvolvimento de suas habilidades de vigiar para o lucro em muito suplantou a compreensão pública e o eventual desenvolvimento de leis e regulamentações legais.[14]

Não há somente uma acumulação de dados, mas também uma acumulação de direitos,[15] isso porque a lógica que sustenta esse novo capitalismo é a de uma

---

[11] TELES, Edson. Ação política híbrida e a dissolução da cidadania. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, v. 8, n. 3, p. 84, 31 jan. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26512/rfmc.v8i3.34494.

[12] Aqui, o termo é utilizado para caracterizar o processo de coleta de dados de indivíduos que é feito a todo o momento pelos diversos aparelhos tecnológicos (relógios, celulares, computadores) e que faz parte da nova lógica de acumulação. Essa coleta massiva intenciona prever o comportamento humano para produzir receitas e controlar o mercado (ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 19).

[13] ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

[14] ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 47-48.

[15] A acumulação de direitos é um fenômeno intrinsecamente relacionado ao caráter comercializável de tais dados, direitos como acesso à informação e privacidade são tidos como produtos rentáveis e que, por assim serem, tornaram-se exemplos claros de tal acumulação. Não é incomum que *sites* de jornais e revistas *on-line* divulguem manchetes, mas exijam cadastro (fornecimento de dados) e assinatura paga para que os interessados tenham acesso ao conteúdo integral; com igual frequência companhias telefônicas oferecem planos *zero rating*, também denominados de planos com acesso patrocinado, nos quais o acesso a certas plataformas é limitado e não enseja desconto no pacote de internet contratado, prática que privilegia alguns conteúdos em relação a outros, que macula a neutralidade da rede, fragiliza o direito de acesso à informação e facilita a disseminação de *fake news*, por dificultar a verificação da veracidade da informação compartilhada; outra prática recorrente e que representa a acumulação de direitos, no caso, direito à privacidade e à proteção de dados, é a estratégia de captação de informação de clientes empregada por empresas, entre outras, do setor farmacêutico, as quais condicionam a elegibilidade para benefícios e promoções ao fornecimento do número de inscrição junto ao Cadastro de Pessoa Física (CPF), do *e-mail*, do nome completo dos interessados, ou, ainda, de dados biométricos dos clientes, conduta que levou a Secretaria Nacional do Consumidor, órgão vinculado ao Ministério de Justiça e Segurança Pública,

transparência total. Entretanto, a acumulação não é recíproca, mas unilateral com vistas a sustentar as assimetrias do poder dentro de uma infraestrutura global automatizada e institucionalizada. O direito à privacidade é relativizado para manter uma vigilância constante.

Com a expansão cada vez maior da tecnologia e de seu impacto na sociedade, diversas iniciativas, nas últimas duas décadas, ganharam corpo buscando estabelecer limites à acumulação predatória desses dados e proteger os direitos dos cidadãos. Essas iniciativas compõem um leque extremamente variado, que engloba desde declarações em prol da proteção desses direitos, até pronunciamentos oficiais de organizações intergovernamentais e legislações de fato.

Apesar disso, todas essas iniciativas confluem para um mesmo fim, garantir a proteção de um conjunto relativamente abrangente de direitos, princípios e normas de governança digital que tornem o mundo *on-line* compatível com os direitos fundamentais.[16] Essa proteção se mostra ainda mais relevante em um contexto em que a internet se torna cada dia mais indissociável da vida das pessoas. Em janeiro de 2021, constatou-se que cerca de 60% da população mundial utiliza a internet em suas atividades diárias, chegando a 90% na Europa e na América do Norte, sendo que a maioria dos indicadores do Relatório Digital Global, produzido pelo *We Are Social*, mostrou notável aumento neste número nos últimos 12 meses, a exemplo do *e-commerce*, que cresceu consideravelmente como resultado das tentativas de mitigação dos riscos de propagação de Covid-19, e do tempo que os usuário da internet passam conectados diariamente, aproximando-se de 7 horas diárias.[17]

Esse aumento cada vez mais crescente no uso da internet e das plataformas digitais demanda reflexão sobre a regulação dos serviços tecnológicos, com impacto na sociedade, para a proteção dos direitos dos cidadãos. É nesse contexto que surge o fenômeno constitucionalismo digital, conforme veremos a seguir.

a notificar grandes empresas do ramo para que prestassem esclarecimentos sobre o tratamento de tais informações (OLIVEIRA, Eliane. Redes de farmácia entram na mira do governo por uso de dados pessoais em programas de descontos. *O Globo*, 2021. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/redes-de-farmacias-entram-na-mira-do-governo-por-uso-de-dados-pessoais-em-programas-de-descontos-25278675. Acesso em: 13 maio 2022).

16 GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 2-5.

17 WE ARE SOCIAL. *Digital 2021*: global overview report. 2021. Disponível em: https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-uk/. Acesso em: 27 abr. 2021.

2 Constitucionalismo digital: uma resposta à cibervigilância?

O "constitucionalismo digital" é conceituado como "uma tentativa de conectar as diversas iniciativas que buscam articular uma gama de direitos políticos, normas de governança e definir limites ao exercício do poder na Internet".[18] Sua configuração espacial-normativa revela sua importância não apenas ao materializar a existência de valores, objetivos e interesses comuns, mas também por se apresentar como resposta às ameaças comuns frequentemente vistas no ambiente digital, entre elas o problema da vigilância.[19]

Esse novo marco normativo refere-se a uma série de "novos direitos" e princípios de governança cada vez mais numerosos e que dialogam com a legislação doméstica, os tratados internacionais e as práticas de governança da internet.[20] Sua natureza "protoconstitucional"[21] (não se confundindo com o sentido tradicional do constitucionalismo ou com um documento normativo-estatal que está posicionado no topo de uma ordem jurídica nacional) permite observar ações coordenadas tanto no âmbito local desses países, quanto globalmente.

---

[18] Os autores ainda defendem que as constituições possuem, como papel fundamental, não apenas estabelecer limites ao poder estatal, mas também criar instituições que permitam ações coletivas e coordenadas (GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 2-3).

[19] De acordo com o filósofo Byung-Chul Han: "com o auxílio de técnicas refinadas cria-se a ilusão de uma vigilância permanente. Aqui a transparência se dá apenas unilateralmente. E é nisso que reside sua perspectividade, que dá fundamento à estrutura de poder e domínio. Na aperspectividade, ao contrário, não se estabelece olho central algum, não se dá qualquer subjetividade ou soberania central. Se os presos do panóptico de Bentham têm ciência de estarem constantemente sendo observados por um vigia, ilusoriamente os habitantes do panóptico digital imaginam estar em total liberdade" (HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis: Vozes, 2017. Edição Digital. p. 54).

[20] REDEKER, Dennis. Towards a European Constitution for the Internet? *Bremen International Graduate School Of Social Sciences: Comparative Institutionalization and Mobilization in European and Transnational Digital Constitutionalism*, University Of Bremen And Jacobs University Bremen, v. 1, n. 1, p. 1-21, nov. 2019. Disponível em: https://www.giga-net.org/2019symposiumPapers/22_Redeker_Towards-a-European_Constitution.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

[21] "It is therefore important to state at the outset that our use of the term 'constitutional' is not intended to describe how these documents are situated within a set of legal authorities, nor is it meant to suggest that the documents studied are in fact 'constitutions' in the classical legal sense. Rather, the term has been adopted here as a powerful shorthand to capture the common thread which binds a set of otherwise divergent initiatives; that each one seeks to engage with political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet in some fundamental way. They might turn out to be, in other words, 'pre-' or 'proto-constitutional' documents in the sense of intellectual building blocks for the constitutional material of the digital sphere, while lacking any preeminent status within a hierarchy of legal rules" (GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 3).

O constitucionalismo digital não se limita a proteger o usuário contra eventuais abusos, uma vez que estabelece mecanismos de salvaguarda que asseguram que nenhuma entidade, seja ela da esfera pública, seja privada, esteja acima dos direitos individuais fundamentais das pessoas que utilizam a internet. Iniciativas estruturais relacionadas ao constitucionalismo digital projetam valores e princípios constitucionais para a realização de direitos políticos e até limitam o exercício do poder na internet, seja no âmbito público, seja no âmbito privado.[22] Nesse sentido, Edoardo Celeste[23] destaca que declarações que versam sobre direitos fundamentais na internet:[24]

(i) reconhecem a existência de novos direitos fundamentais na internet, como o direito de acesso à internet, o direito ao esquecimento ou o direito à neutralidade da rede;
(ii) limitam a capacidade de violação de direitos fundamentais na rede, como ocorre com as leis de proteção de dados; e, ainda,
(iii) estabelecem novas formas de controle social sobre as instituições públicas, como o dever de transparência das informações.

No entender de Berman,[25] as garantias constitucionais teriam reduzida efetividade na esfera privada do mundo digital, vez que em decorrência da "arquitetura" das plataformas digitais, o poder coercitivo destas se mostra muito mais efetivo do que o da lei.[26] Ao tratar da "arquitetura" do mundo digital, Lessig constata que as plataformas são codificadas para serem circunscritas e delimitadas conforme os interesses de quem gere as chamadas *big techs*. Ante tal colocação, se pensarmos na "arquitetura" das plataformas como um elemento influenciador da "lei do ciberespaço" vemos que elas fixam valores e garantem liberdades a depender da vontade daquele que as programou, delegando importância e valor a certos direitos, muitas vezes, em detrimento de outros.[27] Ademais, as tecnologias digitais atualmente guiam cada vez mais o processo decisório, tanto no âmbito público, quanto no âmbito privado, a respeito do que observam Filgueiras e Almeida:

---

22 MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr. 2020. p. 8.

23 CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2 jan. 2019.

24 Para o desenvolvimento do presente estudo, foram objeto de análise: da União Europeia, a Declaração de Princípios de Governança da Internet e o Regulamento Geral de Proteção de Dados, no contexto brasileiro, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como a *Charter for Innovation, Creativity and Access to Knowledge* e o *NETMundial, Multistakeholder Statement* no âmbito internacional.

25 BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying constitutional norms to private regulation. *University Of Colorado Law Review*, v. 71, p. 1263-1310, 23 maio 2000.

26 SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 205630511878781, jul. 2018.

27 LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. p. 20-23.

> Por exemplo, plataformas digitais como Amazon, Google, Facebook, Apple, Uber, Twitter, YouTube, Microsoft, e Airbnb, controlam o acesso global à informação, serviços e produtos. Elas desempenham um papel significativo ao determinar os parâmetros de acesso ao mercado e à liberdade de expressão através do uso de algoritmos. O poder e o efeito desses algoritmos não são perceptíveis ou discerníveis para a maioria da população global. Além disso, as decisões do setor público também são cada vez mais ditadas por sistemas algorítmicos de governança. Por exemplo, algoritmos preditivos são usados por Estados para calcular o risco de reincidência criminal de futuros detentos e por meio disso estabelecer sentenças em julgamentos.[28]

Ao tratarmos as tecnologias digitais como parte de um conjunto comum de recursos, cria-se um leque de possibilidades que podem beneficiar toda a comunidade por meio da expansão e difusão de conexões, conhecimentos, serviços e novas formas de comunicação. Por outro lado, identifica-se o problema não apenas da possibilidade de acumulação quase que infinita de dados e informações, mas também da possibilidade de que os resultados de sua exploração beneficiem apenas certos grupos[29] ou que tais resultados destruam os laços sociais da comunidade ante o enaltecimento de diferenças, preconceitos e condutas discriminatórias que ao longo da história se buscam combater.[30] Por exemplo, o perigo da concentração do poder acumulado pelas *big techs*, em especial Amazon, Alphabet (Google), Facebook, Twitter, Apple e Microsoft, surge de sua capacidade de controlar a infraestrutura

[28] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 2. Tradução nossa.

[29] O sistema tende a beneficiar, por exemplo, indivíduos brancos em detrimento de negros, pois a instrumentalização desta nova lógica é elaborada principalmente com base em estatísticas criminais comuns, uma pseudocorrelação que objetiva categorizar e organizar indivíduos em grupos. Nesse sentido, os critérios de justiça aplicáveis são determinados mensurando o risco de um criminoso e de determinado grupo para a sociedade a partir da atribuição de um valor número a essas características individuais e sociais, e que são comparadas com outras características já disponíveis de diferentes sujeitos já criminalizados (FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. *In*: NELKEN, David (Org.). *The futures of criminology*. Londres: Sage, 1994. p. 174).

[30] A acumulação massiva de dados, em conjunto com técnicas de *profiling*, permite o direcionamento de conteúdo filtrado e selecionado com base nos interesses e ideais do indivíduo. Tal prática fortalece posições extremistas, amplificando discursos de ódio e a disseminação de *fake news*, bem como restringindo excessivamente a liberdade de expressão. Magrani destaca que "o problema reside, no entanto, no excesso da filtragem, tanto por parte das empresas quanto dos próprios indivíduos que sem ter consciência se limitam se afastando de pontos de vista divergentes dos seus [...] Isto gera por vezes uma dupla falsa impressão: primeiramente por considerar a extensão do debate maior do que efetivamente foi; em segundo lugar, por gerar uma falsa sensação de consenso. Nesta dupla falsa impressão, pode estar o embrião para o extremismo ideológico e nocivo para a esfera pública democrática" (MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada*: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. p. 119-125).

fundamental para o acesso à informação, bem como para a efetivação da liberdade de expressão e direito à privacidade.[31]

Lex Gill *et al.* analisaram um conjunto de iniciativas intraestatais que têm sido encontradas em diversas partes do mundo. No entender dos autores, essas iniciativas geraram documentos legislativos, com fortes características constitucionais. Esses documentos compartilham quatro dimensões que nos permitem visualizar tais características: (i) seu conteúdo substantivo que trata de questões políticas fundamentais, como o reconhecimento de direitos fundamentais na esfera digital e a criação de novos direitos específicos ao mundo digital; (ii) sua pretensão de explorar direitos (coletivos e individuais), estabelecer limites ao poder estatal, bem como ampliar o escopo de normas de governança; (iii) a natureza principiológica destes diplomas, preocupados com sua legitimidade e reconhecimento político pela comunidade; e (iv) seu caráter abrangente, buscando alcançar a totalidade dos sujeitos e atores públicos e privados.[32]

Depreende-se, portanto, que os direitos e princípios, que se almejam assegurar também no meio virtual, podem ser divididos em sete grandes grupos: liberdades e direitos básicos; limites gerais ao poder estatal; governança da internet e participação civil; direito à privacidade e vigilância; acesso à internet e educação digital; abertura e estabilidade nas redes; e direitos econômicos e responsabilidade.[33]

Tabela I[34]

(continua)

Liberdades e direitos básicos
Liberdade de manifestação e de expressão; liberdade de informação; liberdade de religião ou crença; liberdade de associação e de reunião/protesto; direito à segurança pessoal e dignidade; proteção às crianças; não discriminação; diversidade cultural e linguística.
Limites gerais ao poder estatal
Democracia e o Estado democrático de direito; direito ao devido processo legal; acesso à justiça.
Governança da internet e participação civil
Governança participativa e com abordagem *multistakeholder*; transparência; dados abertos; direito à participação; inclusão digital.

[31] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 2; 17.

[32] GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 2-3.

[33] GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 10-13.

[34] GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 7-10.

(conclusão)

Direito à privacidade e vigilância
Direito à privacidade; proteção de dados; controle e autodeterminação; direito ao anonimato; proteção contra a vigilância; direito ao uso da criptografia; direito ao esquecimento.
Acesso à internet e educação digital
Direito de acesso; celeridade e acessibilidade; acesso e competências no ambiente de trabalho; conscientização dos usuários e educação; alfabetização digital e midiática.
Abertura e estabilidade das redes
Segurança da rede; neutralidade da rede; padrões abertos; interoperabilidade e não fragmentação; estabilidade e confiabilidade da rede; recursos de *softwares* abertos e gratuitos; direito ao equipamento.
Direitos econômicos e responsabilidade
Inovação; competitividade; desenvolvimento econômico; propriedade intelectual; responsabilidade dos intermediários; responsabilidade empresarial; proteção ao consumidor.

O cidadão que vive sob o primado do Estado democrático de direito conjectura poder ter a certeza de que será protegido ante manifestações de discriminação, violência, entre outros.[35] É por isso que iniciativas em favor do "constitucionalismo digital" podem oferecer contribuições para que os direitos básicos dos cidadãos sejam assegurados também no mundo virtual.

No campo legal, desde o início dos anos 2000, observou-se a criação de diplomas legislativos que consagram uma série de liberdades digitais e direitos – diplomas que podem ser traduzidos como iniciativas que objetivavam limitar o vasto poder até então conferido a atores privados no mundo *on-line*, e que, portanto, corroboraram o solo fértil sobre o qual o constitucionalismo digital se desenvolveu, tendo em vista se inclinarem a um fim comum: ampliar o grau de proteção dos direitos fundamentais no meio digital –, além de uma nova abordagem na tomada de decisões que envolvam aqueles que discutem e controlam o ciberespaço. No contexto da União Europeia, adotou-se a Declaração de Princípios de Governança da Internet e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD; no Brasil, o Marco Civil da Internet e mais recentemente a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD são os instrumentos normativos mais significativos. Todos esses exemplos propõem uma descentralização do poder estatal para definir políticas públicas digitais, dividindo genericamente os atores em: (i) representantes do Estado; (ii) representantes do setor privado; (iii) representantes da sociedade civil; e (iv) representantes das organizações internacionais.

[35] TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of law*: history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 180.

Além disso, a necessidade de proteção de todos os usuários em todos os países exorta a uma abordagem que seja supranacional. É por isso que existem certas similitudes nos marcos legais existentes, além de respostas próximas, e coletivamente coordenadas. Essa tendência de cooperação resta clara em documentos como *Charter for Innovation, Creativity and Access to Knowledge, NETMundial Multistakeholder Statement* e as discussões que anualmente envolvem milhares de pessoas no *Internet Governance Forum* (IGF).[36] Mesmo assim, a governança do mundo digital não se dá apenas pela adoção de normas legais. Esse tipo de governança se insere em uma complexa teia de poder, na qual diferentes atores globais definem políticas, e uma complexa rede de normas formais e informais, que organizam diferentes camadas e processos que conectam o uso da tecnologia com a sociedade.[37]

O mundo digital constitui um viver em risco permanente, ao frequentemente criar novos riscos aos sujeitos individuais,[38] abalar as bases institucionais de governos e empresas e ser capaz de gerar catástrofes globais, a exemplo do, não tão distante, escândalo envolvendo a empresa britânica Cambridge Analytica.[39] Suas causas e consequências não se limitam a uma localidade, e as crescentes tentativas de incremento da segurança e controle não são suficientes em nosso atual estágio de desenvolvimento. A interdependência global maximiza os riscos, já que há um controle descentralizado e a prevenção de seus efeitos ainda é frágil.[40]

---

[36] GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 14.

[37] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 3.

[38] Nesse ambiente, potencializam-se as violações de direitos como privacidade e liberdade de expressão, bem como facilita-se a perseguição a movimentos políticos ou a ativistas de direitos humanos, e dissemina-se conteúdo de ódio, de grupos antissemitas, neonazistas, entre outros (MONTEIRO, Artur Pericles Lima; CRUZ, Francisco Brito; SILVEIRA, Juliana Fonteles da; VALENTE, Mariana G. *Armadilhas e caminhos na regulação da moderação de conteúdo*: diagnósticos & recomendações. São Paulo: Internet Lab, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/07/Protecao-de-Dados-e-Transparencia-em-Moderacao-de-Conte%C3%BAdo.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022).

[39] A referida empresa britânica valeu-se de dados pessoais identificáveis, de cerca de 87 milhões de usuários do Facebook, com o intuito de influenciar as escolhas eleitorais dos seus titulares ao lhes direcionar vídeos, textos e fotos de candidatos selecionados. Apesar da impossibilidade de se mensurar o impacto do uso de tais dados em nível global, é notório que sua conduta exerceu considerável influência sobre as eleições dos Estados Unidos, o *Brexit* e eleições em países emergentes, como o Quênia, a Nigéria e o México (MONTESANTI, Beatriz. Além dos EUA: como a Cambridge Analytica atuava em eleições pelo mundo. *UOL*, 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/03/24/como-a-cambridge-analytica-atuava-para-alem-dos-eua.htm. Acesso em: 10 out. 2021; WONG, Julia Carrie. The Cambridge Analytica scandal changed the world – but it didn't change Facebook. *The Guardian*, 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/17/the-cambridge-analytica-scandal-changed-the-world-but-it-didnt-change-facebook. Acesso em: 10 out. 2021).

[40] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 62-63.

O constitucionalismo digital, embora não seja um constitucionalismo global no sentido tradicional, constitui-se em um protoconstitucionalismo, que se propõe a enfrentar problemas em níveis globais ainda pouco discutidos, em virtude de um processo decisório comunitário deficiente, seja pela promoção de um ambiente de livre mercado predatório, pela incapacidade das atuais formas de organização social de gerar respostas efetivas aos problemas enfrentados em nível transnacional, ou ainda pela preferência por respostas intraestatais que fragilizam o modelo *multistakeholder* e ignoram a perspectiva de que internet é um bem público global.[41]

Essa nova dinâmica decisória se fundamenta na compreensão da comunidade sob uma perspectiva moral, ética e política que enxerga o indivíduo não como mero ativo de vigilância, mas como aquele que possui um papel ativo na construção do bem-público alinhado aos objetivos coletivos globais de defesa dos direitos humanos, em especial, o combate à desigualdade e a promoção da liberdade.

Passaremos agora a analisar as reações intersetoriais a essa nova dinâmica política da modernidade, em especial, as experiências brasileira e europeia.

3 Governança da internet: uma resposta pautada no constitucionalismo digital

3.1 Abordagens locais coordenadas e o constitucionalismo digital

Embora se reconheça a necessidade de definição de normas estatais voltadas à regulação do ambiente digital, a fixação de normas pelo Estado – dadas as características do ambiente digital – não poderá prescindir das relações estabelecidas entre os regimes jurídicos transnacionais que versam sobre o domínio da internet, tampouco ignorar os avanços regulatórios implementados por outros atores, entre os quais estão incluídos os não governamentais. Como se observa, é crescente o protagonismo de órgãos de monitoramento internacionais e de organismos de governança multissetoriais.[42] [43]

[41] O vasto poderio das *big techs* e sua quase ilimitada influência sobre a "arquitetura" do sistema maculam o processo decisório comunitário, por meio de uma tendência à supervalorização da proteção ao livre mercado, fato que, consequentemente, tende a incapacitar a sistemática atual a, de forma ativa, combater abusos originários do âmbito transnacional ou promover o modelo *multistakeholder.*

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr. 2020. p. 20-22.

[43] Como órgãos de monitoramento de atuação expressiva, faz-se oportuno destacar iniciativas como o "Estamos Vigilando", promovida pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – Cejil, em conjunto com o *Open Knowledge* Brasil, a organização não governamental *Derechos Digitales*, a *Fundación para la Libertad de*

Esse novo modelo regulatório, de governança global e multissetorial, implica o afastamento relativamente ao modelo tradicional de regulação, exclusivamente estatal ou centrado no Estado. Por isso que medidas locais de edição de leis para "reterritorializar" o ciberespaço são percebidas por diferentes atores como uma ameaça ao livre mercado, que pode levar a uma fragmentação da rede, distanciando-se de seu particular modo de constituição e funcionamento.

Se, de um lado, há dificuldades ou riscos na regulação local da internet, de outro, a ausência de atuação estatal (democrática e constitucional) pode colocar em risco direitos fundamentais e humanos no âmbito digital.[44] O ecossistema da internet permite que decisões sejam discutidas e decididas tanto no âmbito local, regional e mundial, de maneira que, se as respostas nacionais levarem em consideração os princípios e direitos básicos já consolidados sob a ótica da governança da internet, sua atuação tão somente vem agregar à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo que em detrimento das *big techs*.

3.1.1 A estratégia brasileira

No contexto brasileiro, o país aprovou dois importantes marcos legislativos, o Marco Civil da Internet (MCI), em 2014, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em 2018. Ambos os instrumentos normativos, guardadas suas especificidades, tinham como escopo proteger os usuários no ambiente digital, atuando para garantir os direitos consagrados constitucionalmente também no ambiente virtual. Nesse sentido, o MCI estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para quem faz uso da rede, e delimitou a responsabilização de intermediários por eventuais danos aos usuários. A LGPD, por sua vez, regulou o tratamento de dados, estabelecendo limites, direitos e deveres aos usuários, controladores e responsáveis pelo tratamento de dados.

Prensa (FLIP) e o *Instituto de Derechos Humanos de la UCA*, os quais atuam na proteção dos direitos digitais no âmbito latino-americano, tendo, inclusive, denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos ataques do Estado da Nicarágua e El Salvador contra jornalistas e ativistas de direitos humanos. Ademais, em relação aos organismos de governança multissetorial, as *Dynamic Coalitions* promovidas no âmbito do *Internet Governance Forum* (IGF), são exemplo de tal protagonismo, pois são compostas por *experts* dos setores público e privado, bem como da sociedade civil.

[44] A esse respeito, a Resolução das Nações Unidas A/HRC/38/L.10/Rev.1, adotada em 4.7.2018 pelo Conselho de Direitos Humanos, afirma que os mesmos direitos que são reconhecidos às pessoas no ambiente *off-line* devem ser protegidos *on-line*, independentemente das fronteiras ou do meio. Além disso, ao mesmo tempo que reconhece a natureza global e aberta da internet como um motor do progresso e desenvolvimento em suas variadas formas, convoca os Estados a adotarem remédios efetivos para combater as violações de direitos humanos no ambiente digital e encoraja os Estados a implementarem as medidas necessárias para assegurar a liberdade e a segurança na internet.

O Marco Civil da Internet, por exemplo, conferiu centralidade a cláusulas gerais de proteção da liberdade de expressão (art. 3º, inc. I), da privacidade (art. 3º inc. II) e da preservação da natureza participativa da rede (art. 3º, inc. VII), de maneira a estabelecer limites à garantia desses direitos tanto em âmbito público quanto em âmbito privado.

Sob uma perspectiva do constitucionalismo digital, mesmo não tendo *status* constitucional, sua aspiração de regular a internet através de uma linguagem constitucional, concentrando-se em princípios amplos que visam proteger os direitos e limitar o poder estatal *on-line*, caracteriza-o como um marco normativo digital de teor constitucional.[45] Além disso, embora detenha âmbito de proteção próprio, o diploma guarda estreita conexão com outros direitos e princípios de matriz constitucional, assim como com a proteção internacional dos direitos humanos.

No que tange à LGPD, há de se notar que esta incorporou uma série de institutos, princípios e regras do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD). É nesse diploma, por exemplo, que se encontram especificados os direitos do titular da proteção de dados – arts. 17 e 18 –, que devem ser aplicados em sintonia com os preceitos constitucionais, bem como com a normativa internacional. Somente depois da adoção e entrada em vigor da LGPD foi que o Brasil veio a reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental, também no ambiente digital, por meio da Emenda Constitucional nº 115, promulgada em 10.2.2022, ao incluir no art. 5º da Constituição Federal o inc. LXXIX: "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

Importante registrar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nºs 6.387, 6.389, 6.390 e 6.393, já havia reconhecido a matéria como tendo *status* de direito fundamental. Dessa forma, Sarlet ressalta que após a decisão do STF:

> Tais atores devem, no âmbito e limites de suas respectivas funções, competências e atribuições, aplicar e concretizar o direito à proteção de dados assegurando-lhe a máxima eficácia e efetividade concreta, tanto na condição de direito subjetivo negativo (não intervenção arbitrária no seu âmbito de proteção), quando por força de sua dimensão

[45] MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The Marco Civil da Internet and digital constitutionalism. *In*: FROSIO, Giancarlo. *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 189-213.

> objetiva, levando a sério os respectivos deveres de proteção e o critério da proibição de proteção insuficiente.[46]

A decisão ainda se conecta diretamente ao sistema de proteção de direitos humanos das Nações Unidas e à normativa europeia. Isso porque o Comitê da ONU para Direitos Humanos, ao interpretar o alcance do art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a própria jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), há algum tempo têm reconhecido como direito fundamental a proteção de dados.[47] A respeito do entendimento do Comitê, é importante ressaltar que já em 1988 se reconhecia a proteção de dados como um direito humano. Nos termos do Comentário Geral nº 16 do Comitê de Direitos Humanos:

> A coleta e armazenamento de informações pessoais em computadores, bancos de dados e outros dispositivos, seja por autoridades públicas ou por pessoas físicas ou jurídicas, deve ser regulamentada por lei. Medidas efetivas devem ser tomadas pelos Estados para assegurar que as informações relativas à vida privada de uma pessoa não cheguem às mãos de pessoas que não estejam autorizadas por lei para recebê-las, processá-las e usá-las, e nunca devem ser usadas para fins incompatíveis com o Pacto. Para ter a proteção mais eficaz de sua vida privada, todo indivíduo deve ter o direito de verificar, de uma forma inteligível, quais dados pessoais são armazenados em arquivos de dados automáticos e com quais objetivos. Cada indivíduo deve também ser capaz de verificar quais autoridades públicas ou indivíduos ou órgãos privados controlam ou podem controlar seus arquivos. Se tais arquivos contiverem dados pessoais incorretos ou tiverem sido coletados ou processados de maneira contrária às disposições da lei, todo indivíduo deve ter o direito de solicitar retificação ou a eliminação.[48]

Dessa maneira, tais normativas e decisões dialogam justamente com a necessidade de uma resposta adequada aos desafios sociais atuais que exigem

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 50.

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 28.

[48] NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS. *Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU*. São Paulo: Núcleo de Estudos Internacionais, 2018. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Comentários%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

a reinterpretação de direitos e garantias fundamentais que restrinjam os abusos tanto do poder público quanto da esfera privada.

O Brasil se destaca no debate sobre a governança da internet, por continuamente participar e sediar conferências e eventos que discutem a regulamentação da internet e as restrições à vigilância. Nesse sentido, em 2007, o Rio de Janeiro sediou o Fórum de Governança da Internet (FGI) das Nações Unidas, e em 2015 foi a vez de João Pessoa fazê-lo, além de que, em 2014, São Paulo sediou a Conferência NetMundial, que tratou da Governança Global da Internet, e que foi vista como uma resposta ao escândalo Snowden.[49]

Ao final deste último, apresentou-se uma Declaração Multissetorial, que abordou questões como a neutralidade da internet e a vigilância em massa, pontos considerados prioritários pela diplomacia brasileira e que já haviam sido tratados pelo MCI, aprovado no mesmo ano; contudo, tal declaração perdeu força e acabou não sendo efetiva.

Todavia, mesmo com dois diplomas robustos voltados à proteção dos usuários brasileiros, o Estado mostrou-se lento em combater as violações cometidas por agentes que coletam, acumulam e tratam dados, de maneira que, mesmo aprovadas desde 2018, as sanções previstas na LGPD somente puderam ser aplicadas após agosto de 2021.[50] Isso se deu pela pressão de diferentes setores, que ainda não haviam se adequado às novas exigências legais e por entenderem que a normativa poderia reduzir a inovação e gerar altos custos para implementação de políticas de privacidade e *compliance*, em especial diante de limitações de ordem estrutural, pessoal e financeira.[51]

Além disso, a nomeação e estruturação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) são recentes, não tendo esta aplicado nenhuma sanção até maio de 2022, o que representa um prejuízo à proteção de dados. Além das sanções terem entrado em vigor somente em agosto de 2021, outro motivo para a falta de aplicação de sanções se dá pela falta de uma resolução para estabelecimento dos

[49] Para mais informações, ver: VERBLE, Joseph. The NSA and Edward Snowden: surveillance in the 21st century. *Revista SIGCAS Computer and Society*, v. 44, n. 3, p. 14-20, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1145/2684097.2684101.

[50] O retardo da aplicação das disposições sancionatórias da LGPD se deu sob a alegação de que as empresas não teriam tido tempo suficiente para se adaptar à nova lei e que, por isso, sua efetividade estaria ameaçada; consequentemente, o Estado brasileiro prorrogou por três anos a eficácia das disposições que previam sanções. No ano de 2021, com o advento da pandemia de Covid-19, apesar de não efetivado, novo adiamento da vigência das disposições sancionatórias chegou a ser debatido quando da propositura do Projeto de Lei nº 500/21.

[51] MELO, Maria Heloísa Chiaverini de *et al*. Uma análise de conjuntura da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): tramitação, aprovação e vigência. *Revista Humanidades e Inovação*, v. 8, n. 47, 2021.

critérios de dosimetria de sanções e penas, ou seja, de uma norma que estipule critérios e parâmetros na aplicação da LGPD.[52]

Observa-se que persiste alguma dependência da economia brasileira, visto que não há alternativas nacionais para as *big techs* e suas plataformas, ou seja, Meta (Facebook), Microsoft, Alphabet (Google) e Apple dominam praticamente sozinhas suas respectivas plataformas digitais. No caso da Amazon, há ainda alguma concorrência no setor de vendas *on-line*, mas a vantagem comparativa e o poderio financeiro da Amazon podem liquidar a concorrência em pouco tempo.

No contexto brasileiro, atualmente, há sérias preocupações com relação à liberdade de expressão *on-line*, principalmente porque, por todo o mundo, propostas de moderação de conteúdo vêm ganhando força. Nesse sentido, um dos aspectos mais preocupantes dessas propostas é a moderação de conteúdo feito pelas próprias plataformas digitais, especialmente por aquelas que detêm o maior número de usuários e o poder econômico.

O debate sobre a moderação de conteúdo se dá de maneira conjunta com o crescimento desenfreado de *fake news*, desinformação, campanhas de ódio e discriminação na internet. Aliado a isso, percebe-se que as políticas internas das grandes plataformas digitais são também motivo de preocupação, sobretudo quando há falta de transparência na elaboração e aplicação das políticas de moderação de conteúdo internas, ou quando ocorre interferência indevida na esfera e no debate públicos por parte de grandes atores econômicos.

Além disso, a Declaração Latino-Americana sobre Transparência das Plataformas de Internet salienta que a transparência é "necessária, urgente e obrigatória":

> A exigência de transparência de seus processos de moderação e filtragem de conteúdo, inclusive algorítmica, processos de filtragem, incluindo a transparência algorítmica, se torna uma questão de direitos humanos e de aprofundamento democrático, bem como indispensável para empoderar os usuários frente ao poder de regulamentação privada.[53]

Nesse contexto, a atuação das plataformas no combate à desinformação pode ser problemática tanto em razão do excesso quanto da insuficiência, situações com

[52] GUIMARÃES, Arthur. ANPD: Definição de critérios de dosimetria de pena é 'prioridade zero'. *Jota*, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/anpd-definicao-de-criterios-de-dosimetria-de-pena-e-prioridade-zero-11042022. Acesso em: 10 maio 2022.

[53] TEDIC. *Declaración Latinoamericana sobre Transparencia de las Plataformas de Internet*. 2021. Disponível em: https://www.tedic.org/declaracion-latinoamericana-sobre-transparencia-de-las-plataformas-de-internet/. Acesso em: 15 abr. 2022.

o potencial de provocar grandes impactos na efetivação dos direitos humanos. Esses atores privados são, frequentemente, responsáveis pela mediação de conflitos que envolvem direitos fundamentais básicos, e muitas vezes agem antes mesmo do Poder Público ou da Justiça. Assim, as plataformas digitais exercem uma função normativa ao estabelecerem termos de uso de seus serviços.[54] Elas detêm poder suficiente para julgar e decidir quais conteúdos ofendem os termos de uso de suas plataformas, assim como para determinar a exclusão de determinada pessoa, sem que haja qualquer interferência dos órgãos interestatais.

Além disso, não há soluções desenvolvidas pelo poder público que sejam capazes de enfrentar esses problemas de maneira adequada e suficiente. Atualmente, a imensa maioria, senão todos os computadores dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do país utilizam os sistemas operacionais da Microsoft[55] e, considerando a experiência com a pandemia de Covid-19, o Governo federal fez uma parceria com a Cisco, para realização de conferências virtuais, reuniões pelo programa Cisco Webex, em detrimento da plataforma Conferência Web, criação nacional universitária, e que possui propósito similar.[56]

Outra parceria público-privada que evidencia a soberania das *big techs* no Brasil foi aquela feita por ocasião da Copa do Mundo da Fifa em 2014, em que o governo, em colaboração com as empresas IBM, Waze e Moovit, criou centros integrados de comando e controle para questões de segurança e gestão urbana. No chamado "urbanismo inteligente":

> As possibilidades de controle oferecidas pelas TICs e tecnologias inteligentes criam o que pode ser considerado a segunda camada territorial, digitalmente constituída, baseada na apreensão, codificação e gestão de dados e informações. No âmbito dessa camada, informação, fluxo de pessoas e veículos, troca de dados entre máquinas e sistemas inteligentes etc., são codificados e comparados com padrões de comportamento e resultados esperados para produzir métodos de classificação social e espacial e, consequentemente, controles de acesso físicos e digitais. Se algo se desvia desses padrões, ações são desencadeadas nesta e também na primeira camada (em

[54] CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 2, p. 122-138, 2018.

[55] PAYÃO, Felipe. Governo Temer vai abandonar software livre para comprar produtos Microsoft. *Tecmundo*, 2016. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/microsoft/111214-governo-temer-abandonar-software-livre-comprar-produtos-microsoft.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

[56] WAKKA, Wagner. Cisco fecha acordo com Ministério da Ciência para investimentos em digitalização. *Canaltech*, 2020. Disponível em: https://canaltech.com.br/governo/cisco-fecha-acordo-com-ministerio-da-ciencia-para-investimentos-em-digitalizacao-165586/. Acesso em: 6 set. 2021.

> uma espécie de controle oficial e soberano do território). Um exemplo óbvio disso é o já mencionado COR,[57] que coloca o território da cidade do Rio de Janeiro sob controle do ponto de vista da gestão urbana cotidiana.[58]

Dessarte, apesar desses desafios, a abordagem brasileira para o enfrentamento desses problemas vem se destacando por seu progressismo, que se desenvolve em ritmo acelerado. Muito embora o chamado Sul global esteja acostumado a se basear nas experiências americana e europeia, o Brasil tem tomado importantes decisões e discutido a questão à luz de uma abordagem holística e que considera as particularidades estruturais, culturais, políticas e de identidade da governança da internet do país.

O país tem digitalizado sua sociedade e criado metodologias em sua lógica interna da governança da internet, mudando o paradigma histórico de que a evolução da sociedade se dá primeiramente no Norte global.

Desde cedo, o país internalizou a natureza descentralizada da internet em suas instituições de governança, como se observa na composição e funcionamento do CGI.br.[59] O CGI.br revolucionou a lógica da governança brasileira, desde 1995, propondo políticas e medidas relacionadas à regulamentação da internet, bem como estabelecendo padrões de procedimentos operacionais por meio de uma abordagem *multistakeholder* que garante a presença de representantes não só do governo, mas da sociedade civil e da iniciativa privada em seus processos decisórios.[60]

Assim, o Brasil emerge como um importante ator do Sul global, fato que ficou ainda mais evidente após o encontro NetMundial em 2014. A abordagem brasileira dialoga com o constitucionalismo digital e vem se preocupando cada vez mais com os excessos da vigilância digital e com a efetivação dos direitos fundamentais de seus usuários-cidadãos, fato que ficou ainda mais evidente com o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental.

---

[57] Por "COR" entende-se a abreviação de Centro de Operações do Rio, que foi uma das vertentes do projeto *Smarties Cities* da IBM e teve papel fundamental na vigilância promovida para realização da Copa do Mundo de 2014.

[58] FIRMINO, Rodrigo José. Securitização, vigilância e territorialização. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 77.

[59] GLASER, Hartmut Richard. Internet Governance in Brazil: A multistakeholder approach. *CGI*, 2009. Disponível em: https://cgi.br/publicacao/internet-governance-in-brazil-a-multistakeholder-approach/. Acesso em: 31 mar. 2021.

[60] SEGURADO, Rosemary. The Brazilian civil rights framework for the internet: a pioneering experience in internet governance. *The Internet and Health in Brazil*, p. 27-45, 25 out. 2018.

3.1.2 A estratégia europeia

A Europa tem uma longa tradição que une ambiente democrático, regulamentação efetiva e a garantia dos direitos humanos. Os traumas da 2ª Guerra serviram como uma mudança de paradigma na ordem jurídico-social europeia e o bloco político-econômico foi o primeiro a considerar a proteção de dados como um direito fundamental, primeiro com a adoção de legislações nacionais que surgiram na década de 1970, como a lei sueca de proteção de dados – *Datalagen*, a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, intitulada *Informatique et Libertés*, e legislações análogas de outros países.[61]

No âmbito da União Europeia (UE), há tempos, legitima-se o direito à privacidade como um direito fundamental do cidadão e que se desdobra na proteção não seletiva dos dados pessoais, ou seja, aos seus cidadãos é dada a certeza de que todos os seus dados estão resguardados independentemente do fim ao qual se prestam ou das informações neles contidas.[62] Desde 1995, com a aprovação da Diretiva 95/46/CE e depois do Regulamento (EU) 2016/679, que sucedeu à Diretiva em 2018, a União Europeia possui diferentes instrumentos e padrões para a proteção de dados singulares, a regulamentação do tratamento desses dados e sua livre circulação.[63] [64]

Como exemplo, destaca-se a já mencionada Declaração de Princípios de Governança da Internet, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 2011, estabelecendo 10 princípios indissociáveis das iniciativas de governança da internet, para que estas assegurem uma abordagem sustentável, focada nos

[61] DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 9.

[62] GOSNELL, Cymone. The General Data Protection Regulation: American compliance overview and the future of the American business. *Journal of Business & Technology Law*, College Park, v. 15, n. 1, p. 165-187, jan. 2019.

[63] GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 5.

[64] É importante diferenciarmos a Diretiva do Regulamento. A Diretiva se distingue do regulamento, na medida em que vincula os países-membros da União Europeia quanto ao resultado a alcançar, deixando-os a competência quanto à forma e aos meios. Assim os Estados possuem o dever de transpor as diretivas para o direito interno, sendo que os destinatários das diretivas são os Estados-Membros. Em regra, a diretiva não é diretamente aplicável aos indivíduos, uma vez que necessita de transposição para o direito interno, fazendo com que a norma interna e não a norma da União se aplique aos particulares. Contudo o TJUE, verificados certos requisitos, já conferiu efeito direto à algumas diretivas à luz da necessidade de proteger os cidadãos contra a inércia estatal. Os regulamentos possuem caráter geral, pelo qual se dirigem a todos os sujeitos de direito que se encontrem no âmbito de sua aplicação, sendo obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável, não sendo necessário que os Estados-Membros o recepcionem em seus ordenamentos jurídicos internos (BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. p. 94-97).

usuários e baseada em direitos. Esses princípios saúdam os direitos humanos, as liberdades fundamentais, a democracia e o Estado de direito.[65]

Por meio da Declaração, o Comitê dos Ministros não apenas orienta que os Estados-Membros se atentem a esses princípios quando da formulação de sua política interna e externa em assuntos que envolvem a internet, mas encoraja outras entidades, ainda que não governamentais, que façam o mesmo.[66] Ademais, a Declaração expressa a importância de se adotar uma abordagem condizente com a ótica *multistakeholder*, estimulando a participação plena de governos, setor privado, sociedade civil, comunidade técnica e dos próprios usuários, a fim de preservar tanto a integridade e o funcionamento da rede, quanto a confiança dos usuários.[67]

Nos últimos anos, após escândalos que envolveram a Cambridge Analytica e o caso Snowden, o debate a respeito dos riscos potenciais da vigilância, do uso de *big data* e da inteligência artificial exigiram que a União Europeia reforçasse sua atuação nos campos da privacidade e da proteção de dados. Tais esforços existem a partir de uma lógica de constitucionalismo digital com uma pretensão de ser geral e não se limitar aos cidadãos europeus,[68] isso porque essas demandas não são somente culturais ou restritas à uma localidade, mas, sim, universais, sendo necessária uma integração de normativas convergentes nessa matéria.[69]

A esse respeito, pode-se destacar a complementaridade das competências dos Estados-Membros e da União Europeia para a regulação de matérias associadas aos direitos fundamentais, políticas econômicas e funcionamento da rede, o que pode ser também percebido à luz de um constitucionalismo multinível, conforme proposto por Ingolf Pernice. Para o autor, a política institucional da União Europeia se reparte entre as instituições nacionais e as instituições comuns supranacionais e, embora a União não deva ser considerada uma superestrutura estatal, é possível perceber sua formação a partir de camadas interdependentes e complementares. Seu constitucionalismo multinível possui cinco elementos principais:

---

65 COUNCIL OF EUROPE. *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*. 2011. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6. Acesso em: 11 maio 2021.

66 COUNCIL OF EUROPE. *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*. 2011. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6. Acesso em: 11 maio 2021.

67 COUNCIL OF EUROPE. *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*. 2011. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6. Acesso em: 11 maio 2021.

68 GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 6.

69 DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 10.

> (a) o conceito pós-nacional de constituição; (b) o processo constituinte europeu como processo conduzido pelos cidadãos; (c) a Constituição da União Europeia e as Constituições Nacionais; (d) as múltiplas identidades dos cidadãos da União Europeia; e (e) a União Europeia como a União de cidadãos europeus.[70]

Pernice ressalta que o constitucionalismo multinível permite afirmar que a relação entres as constituições nacionais e o direito primário da União Europeia transforma o sistema da União em um sistema constitucional composto.[71] Assim, o autor pressupõe que a vontade dos cidadãos europeus – dos quais emana o poder para celebração dos tratados – gera a legitimidade da União Europeia. A representação dos cidadãos nas esferas das instituições europeias permite definir um objetivo comum que muitas vezes não pode ser conquistado por um Estado atuando só e que confere importância ao princípio da subsidiariedade, base estrutural da democracia dentro da União.[72]

No contexto digital, Pernice ressalta:

> Iniciativas europeias, tais como a Agenda Digital para a Europa e a estratégia para o Mercado Único Digital Europeu [...], preveem passos importantes para alcançar esse objetivo. A legislação da UE sobre proteção de dados, assim como a estratégia da UE para cibersegurança e a criação da Agência da UE para segurança das redes e da informação mostram como estas questões são levadas a sério. Perspectivas mais concretas e propostas para aumentar a legitimidade democrática da UE através da Internet são desejadas. Se for evidente que elas incentivam a transparência, a participação democrática e responsabilização quando necessário, em particular dentro dos domínios econômicos europeu, fiscal e de políticas sociais, elas poderão também servir como um incentivo, além da economia, para a implementação mais rápida de condições que empoderem os cidadãos, desenvolvendo todo seu potencial com o fim de tomar o controle dos poderes da União, por meio da Internet. Entretanto, nós precisamos ter em mente que o acesso à Internet é um assunto com

[70] LINS, Ricardo Galvão de Sousa; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira. O constitucionalismo multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 15, p. 186-203, jun. 2021. p. 192.

[71] PERNICE, Ingolf. EU Democratic Legitimacy and Multilevel Constitutionalism in the Digital Age. Conference "European Economic Governance and The Future of European Democracy". *European Constitutional Law Network (Ecln)*, Berlin, v. 1, n. 1, ago. 2015. p. 3.

[72] PERNICE, Ingolf. EU Democratic Legitimacy and Multilevel Constitutionalism in the Digital Age. Conference "European Economic Governance and The Future of European Democracy". *European Constitutional Law Network (Ecln)*, Berlin, v. 1, n. 1, ago. 2015.

> diversas complexidades. O progresso a nível Europeu pode ampliar a desigualdade digital em relação a outros países que sofrem com o *quasi* monopólio dos provedores de serviços de tecnologia, informação e comunicação que buscam prender os países em desenvolvimento através de uma nova forma de dependência com o Ocidente.[73]

Dessa forma, pode-se dizer que o constitucionalismo digital também incorpora elementos oriundos dos diferentes níveis constitucionais da Europa.[74]

Quando da Diretiva de 1995, o legislador já se preocupava em assegurar aos indivíduos o controle sobre suas informações pessoais. Assim, a Diretiva adjetivou o consentimento, qualificando-o como "devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico",[75] em resposta aos problemas de controle "pouco efetivo das informações pessoais por parte do seu titular".[76]

Tal marco regulatório de proteção de dados teve como paradigma a integração com o mercado a partir de uma lógica de proteção aos direitos fundamentais estabelecidos no art. 8º da Carta de Direitos Fundamentais da UE e em legislações comunitárias derivadas. A abordagem europeia se dá não somente a partir de uma forte proteção ao direito fundamental à privacidade, mas também com uma visão mais ampla de proteção de dados como direito fundamental independente à privacidade, e assume a presunção de que os Estados têm papel ativo na proteção dos direitos individuais de seus cidadãos.[77]

---

[73] PERNICE, Ingolf. EU Democratic Legitimacy and Multilevel Constitutionalism in the Digital Age. Conference "European Economic Governance and The Future of European Democracy". *European Constitutional Law Network (ECln)*, Berlin, v. 1, n. 1, ago. 2015. p. 5. Tradução nossa.

[74] Ao comentar o constitucionalismo digital no contexto europeu, Giovanni de Gregorio salienta que o fenômeno da constitucionalização das esferas privadas globais dentro da sociedade algorítmica não deve ser encarado como isolado, mas como parte do processo de globalização. Nesse sentido, nota-se que os diferentes sistemas jurídicos ainda buscam entender como fazer parte desse novo fenômeno, especialmente porque, com a internet, os sistemas jurídicos tentam expandir o efeito de suas decisões a uma escala global. O autor ressalta que "conjuntos normativos supranacionais e internacionais, como no caso da consolidação do constitucionalismo multinível na experiência europeia, ou a constitucionalização do direito internacional, levam à emancipação dos valores constitucionais a partir de suas raízes locais para um caráter mais global, onde os sistemas constitucionais se encontram cada vez mais em um processo de hibridização global. Nesse quadro, a ascensão da Internet não apenas desafiou os tradicionais princípios vestfalianos de soberania e território, como no caso da política monetária, ou sublinhou tensões globais e locais. Essa situação já ficou clara como resultado do caso Licra vs. Yahoo e no debate seguinte sobre a jurisdição da Internet. A consolidação da Internet também levou a questionar a relação entre liberdades e poder na era digital" (GREGORIO, Giovanni de. *Digital constitutionalism in Europe*: reframing rights and powers in the algorithmic society. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 10-11).

[75] BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 161.

[76] BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

[77] MOLNAR-GABOR, Fruzsina. Data protection. *In*: GROTE, Rainer; LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 8-9. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883707. Acesso em: 3 abr. 2021.

Nessa esteira, notável é a construção do direito ao esquecimento, primeiro em sede jurisprudencial, depois dentro da normativa, RGPD. Isso, pois a Agência Espanhola de Proteção de Dados, em 2014, entendeu que nem toda informação é digna de imortalidade, ou seja, que algumas deveriam ser esquecidas, "porque isso é apenas humano". Sobre esse tema, Zuboff ressalta:

> A decisão da Corte de Justiça, reduzida com tanta frequência às considerações técnicas e jurídicas relacionadas a deletar ou suprimir os *links* de dados pessoais, foi na verdade um ponto de inflexão fundamental no qual a democracia começou a se agarrar ao direito ao tempo futuro, tirando-o das poderosas forças de um capitalismo de vigilância determinado a reivindicar autoridade unilateral sobre o futuro digital. Em vez disso, a análise da corte reivindicava o futuro para o modo humano, rejeitando a inevitabilidade da tecnologia do mecanismo de busca do Google e, em seu lugar, reconhecendo que os resultados de buscas são produtos contingentes do interesse econômico específico que guia a ação de dentro das entranhas da máquina: "O operador de um mecanismo de busca está sujeito a afetar de modo significativo os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais. Diante da potencial seriedade da interferência" com esses interesses, "ela não pode ser justificada meramente pelo interesse econômico que o operador de tal mecanismo tem nesse processo".[78]

O caso é paradigmático, primeiramente porque se desdobra na conclusão de que as normas em análise se aplicariam ao Google, ao qual é reconhecida a qualidade de processador e controlador de dados, mas também, e em especial, porque o problema em julgamento é decorrência da crescente digitalização e informatização de várias esferas da vida cotidiana. Julia Powles destaca que, apesar da importância da decisão, há uma série de questões a serem consideradas em relação ao escopo do direito que fora reconhecido, entre elas, como saber quando uma informação não preenche mais os critérios estabelecidos e quem deve fazer esse julgamento.[79]

[78] ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 80.

[79] POWLES, Julia. The case that won't be forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 47, n. 2, p. 583-615, 2015.

Além disso, apesar dos grandes avanços já alcançados no que tange à proteção dos direitos dos indivíduos, a autora afirma que a excessivamente rápida implementação da decisão pelo Google influenciou diretamente seu alcance e desdobramentos, pois o Google, além de ditar os limites dessa implementação em seu próprio favor, criou um precedente para outras empresas seguirem.

Powles apresenta cinco aspectos da abordagem adotada pelo Google que limitaram a implementação da decisão em favor da multinacional: i) o formulário desenvolvido para o envio de pedidos similares àquele julgado pelo Tribunal comportava, inicialmente, apenas solicitações relacionadas a informações irrelevantes, desatualizadas ou questionáveis, não alcançando aquelas consideradas incorretas, inadequadas, ou cujo tratamento é excessivo, nos termos da lei; ii) segundo a interpretação dada pelo Google à decisão, a obrigação que lhe era imposta estaria satisfeita com simples notificação *post hoc* aos pedidos por ele entendidos como válidos; iii) a proibição ao tratamento de dados sensíveis não foi sequer levada em consideração; iv) a interpretação dada pelo Google limitou o alcance da decisão apenas aos domínios europeus da empresa; v) os editores originais dos *links* "deslistados" eram notificados apenas se esses utilizassem a ferramenta *webmaster* do Google, e ainda, para eles, a notificação não trazia grandes esclarecimentos.

O RGPD cristalizou o direito ao esquecimento em seu texto no art. 17 ao conferir aos titulares de dados pessoais o direito de solicitar a eliminação de seus dados, elaborando uma série de requisitos para que tal eliminação ocorra. Todavia, ainda há dificuldades na implementação do direito ao esquecimento por meio da desindexação, e as críticas elaboradas por Julia Powles seguem válidas.

Assim, como exemplos de direitos substantivos e processuais, têm-se a necessidade do consentimento expresso para o uso e o tratamento de dados pessoais, a notificação dos usuários quando há algum tipo de vazamento de dados, a proibição de tornar pública informação pessoal, o direito ao apagamento de dados, o direito ao esquecimento, além de restrições contra decisões tomadas por sistemas automatizados e multas para violações ao regulamento, que podem chegar a 4% da receita global da empresa.

Dessarte, sua existência no plano jurídico não significa que a lei impactará positivamente a sociedade. Ela projeta a "possibilidade de empoderamento democrático", mas que só é observada no plano do real quando os cidadãos contestam as injustiças ou as ilegalidades ocorridas. Assim, a atuação dos cidadãos com o objetivo de invocar a lei para defender os seus direitos é essencial para o sucesso da regulação.[80]

[80] ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 572.

Esse empoderamento e ação dos cidadãos é pungente na União Europeia. Por exemplo, as cidades de Barcelona e Amsterdã, por meio do projeto Decode, financiado pela União Europeia, vem implementando uma infraestrutura descentralizada de dados que intenta devolver a propriedade o controle de dados e informações aos seus cidadãos, oferecendo:

> [...] soluções de gerenciamento de dados e de Internet das Coisas, flexíveis e atentas à privacidade e, ao mesmo tempo, protegendo o direito à privacidade. Baseada na tecnologia de *blockchain*, essa infraestrutura será construída com a participação ativa dos cidadãos, empreendedores sociais, hackers e especialistas em privacidade.[81]

Além disso, desde 2012, a Agenda Digital elaborada pela Comissão Europeia recomendou a implementação de padrões abertos dentro de instituições governamentais, a fim de diminuir sua dependência dos proprietários dos *softwares* e dos fornecedores de tecnologia. Essas alternativas se baseiam na noção de que "serviços públicos devem ser desenvolvidos para priorizar o cidadão de forma flexível e interativa, oferecendo serviços melhores em resposta a suas necessidades".[82] Isso significa que incorporar padrões abertos fomenta a melhora na qualidade, bem como custos mais baixos e o estabelecimento de programas colaborativos por meio de parcerias para a inovação.

Nesse sentido, a adoção de governança coletiva de dados e práticas colaborativas serve como uma alternativa ao capitalismo de vigilância, ao promover cada vez mais uma soberania tecnológica e uma articulação de uma infraestrutura compartilhada que permite construir bases de dados comuns sem que se caia em uma fragmentação da internet.

O paradigma europeu vem migrando de uma lógica de lucros para uma lógica que tem como objetivo a utilização de tecnologia com objetivo de otimizar o uso de recursos sob a ótica do interesse social e coletivo. Um exemplo importante nesta senda é a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia proposta por intelectuais alemães, políticos, acadêmicos, jornais e representantes de diferentes indústrias.[83] A proposta da Carta é impulsionar o diálogo entre os cidadãos, a inicia-

---

[81] MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. O direito à cidade digital: rumo à soberania tecnológica. *In*: MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente*: tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu Editora, 2019. p. 110.

[82] MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. O direito à cidade digital: rumo à soberania tecnológica. *In*: MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente*: tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu Editora, 2019. p. 122.

[83] REDEKER, Dennis. Towards a European Constitution for the Internet? *Bremen International Graduate School Of Social Sciences: Comparative Institutionalization and Mobilization in European and Transnational Digital*

tiva privada e os políticos de modo a criar uma mobilização e conscientização em torno da temática, em especial para aqueles que são responsáveis pela formulação de políticas públicas.

Todas essas iniciativas somadas demonstram um alto grau de institucionalização e mobilização em torno da temática da proteção dos direitos aos dados pessoais. Isso porque as cidades, as nações e a própria União Europeia vêm se organizando e reconhecendo que os dados se constituem como um ponto central das relações sociais na contemporaneidade.

Dessa maneira, a abordagem europeia tem se revelado efetiva, pois impõe restrições à extração desses ativos de vigilância, a partir de um regime de dados alternativos que combina uma infraestrutura comunitária, colaborativa e orientada para a persecução de um objetivo comum.

As *big techs* americanas têm sido levadas a se adequar à lógica da proteção de dados para adentrar o poderoso mercado europeu. Padrões éticos e princípios legais convergem na estruturação de garantias necessárias que impedem a consolidação de uma forma de controle social, político ou institucional decorrente do fenômeno da hipervigilância.

A ideia de uma governança coletiva de dados (*data commons*) vem sendo implementada no continente europeu. Dessa maneira, os dados pessoais passam a ser pensados como um recurso coletivo. Entretanto, o Prêmio Nobel de Economia, Elinor Ostrom, ressalta:

> a constituição de regras de governança de recursos comuns é mais problemática em grandes grupos e pode ser dificultada quando não há delimitação precisa sobre a natureza do recurso e as possibilidades de limitação de acesso, o que é justamente o caso de dados pessoais, recursos não rivais que podem ser facilmente duplicados e reutilizados.[84]

A UE vem contornando precisamente essas dificuldades a partir de uma estratégia de "infraestrutura espacial comum", bem como diplomas legislativos robustos e uma política aberta em contraponto ao processo de acumulação predatória de dados por agentes econômicos. A regulamentação do uso de dados se dá a partir de políticas transparentes do uso dos dados, sua origem, sua utilidade e seu destino.

Constitutionalism, University Of Bremen And Jacobs University Bremen, v. 1, n. 1, p. 1-21, nov. 2019. p. 16. Disponível em: https://www.giga-net.org/2019symposiumPapers/22_Redeker_Towards-a-European_Constitution.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

[84] ZANATTA, Rafael A. F. Prefácio. *In*: MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente*: tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu Editora, 2019. p. 10.

Desde a década de 1970, tribunais dos Estados-Membros vêm reconhecendo o direito à autodeterminação informativa e a proteção dos dados pessoais, bem como suas instituições políticas vêm promovendo fortes campanhas de maneira a conscientizar e internalizar a importância desses direitos em meio a comunidade.

Há, no contexto europeu, uma forte orientação por um constitucionalismo digital, primeiro, pois desde 2000, o direito à proteção de dados ganhou a condição de direito fundamental de natureza autônoma na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo, pois reconhecido seu caráter polivalente (direito negativo e positivo), sua incidência passou a ser multinível e multissetorial, sendo imperioso notar que esse direito passou a existir no plano fático da vida social, ultrapassando a existência nos Tribunais.

Assim, as cidades europeias vêm transformando a realidade social e implementando políticas para digitalização de sua atividade, de modo a diminuir sua dependência das *big techs*, tendência ainda não vista, de forma tão significativa, no Brasil.

Por fim, esses padrões de proteção do cidadão, que dialogam diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, são exatamente aqueles comumente vistos nas Constituições nacionais. Outrossim, cresce no continente europeu a ideia de que a lógica da proteção dos dados pessoais deve ser expandida por todo o mundo, tendo em vista a sociedade globalizada em que vivemos e como a economia mundial é amplamente conectada, o tratamento de dados, portanto, acaba acontecendo em várias partes do mundo. A União Europeia entende que, para que a proteção de seus cidadãos seja efetiva, é imperativo que haja uma proteção sólida dos direitos à autodeterminação informativa e à proteção de dados em outros lugares além da sua jurisdição.

3.2 A internet como *common* global

O principal ativo desse novo capitalismo digital é a informação. Quem a controla influencia a tomada de decisões globalmente e detém a capacidade de estabelecer novas estruturas de poder.[85] Dessa forma, a maneira mais adequada de governar o mundo digital está associada à capacidade de enxergarmos seus problemas (desinformação, vieses algorítmicos, extremismo, vigilância) como problemas comuns a todos os países e que as respostas a esses problemas demandam soluções que são construídas e implementadas coletivamente, em diferentes níveis e por diferentes setores.

[85] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 13.

Todavia, mesmo que o ecossistema da internet possua em sua base uma grande quantidade de conhecimento e informação, tais bens podem funcionar como contrapostos e seu uso e consumo podem excluir outros indivíduos ou reduzir seus direitos como cidadãos. Filgueiras e Almeida ressaltam:

> [A] rivalidade de bens no mundo digital não é intuitiva. Nós estamos lidando essencialmente com bens intangíveis relacionados ao conhecimento. O consumo desses recursos sem uma estrutura de governança pode produzir consequências compartilhadas por todos os cidadãos. Por exemplo, a produção da desinformação por grupos nas mídias sociais contamina o nosso entorno, e cria tensões, polarização, incerteza e racismo. A desinformação é lucrativa nas mídias sociais, e cria barreiras para o acesso da sociedade ao conhecimento.[86]

Tanto a informação quanto o conhecimento são recursos compartilhados dentro de um complexo ecossistema sujeito a dilemas sociais.[87] Atualmente, existem comportamentos e problemas vistos dentro do mundo digital, como problemas com servidores (que interrompem o funcionamento de um aplicativo em todos os lugares do mundo ao mesmo tempo), *spams*, e desinformação, semelhantes a dilemas associados a outros tipos de bens comuns. Os custos que envolvem fenômenos como ciberataques ou desinformação são pagos por toda a sociedade. Nesse contexto, o desafio é pensar como os "pontos comuns" do mundo digital devem ser governados, para que toda a sociedade seja beneficiada e esses custos, reduzidos.[88]

Nessa perspectiva, uma abordagem sob uma ótica dos *commons* digitais é útil, pois oferece uma compreensão holística do motivo pelo qual os recursos digitais propensos à exploração devem ser governados de maneira coletiva. Quando indivíduos e empresas atuam de forma independente e sem coordenação, agindo de acordo com seus próprios interesses, a exploração pode afetar direitos fundamentais, incluindo-se liberdades, direitos políticos e direitos culturais de outros sujeitos, de maneira muito mais direta e intensa. Interesses individuais que sejam desprovidos de qualquer leitura comunitária contradizem os melhores interesses da comunidade, pois extraem todo o possível desses recursos para interesse próprio ou com o intento de se aumentar seus lucros.

---

[86] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 14. Tradução nossa.

[87] HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. *Understanding knowledge as a commons*: from theory to practice. Cambridge: The MIT Press, 2007.

[88] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 15.

Por esse motivo, uma abordagem que implemente um processo decisório coletivo e multissetorial beneficia toda a comunidade em termos de expansão e difusão de conexões, conhecimentos, serviços e novas formas de comunicação.[89] Tal construção coletiva, quando aplicada em um ecossistema não somente global, mas também regional e local, é capaz de oferecer grandes avanços na persecução de direitos dos usuários-cidadãos, pois a construção respeita o fato de uma comunidade existir na forma de práticas sociais comuns, tradições culturais e valores socialmente compartilhados.

Filgueiras e Almeida acertadamente defendem:

> [O] problema não é a própria extração desse *common*, mas a possibilidade de que os resultados de sua exploração beneficiem apenas alguns grupos ou destruam os laços sociais da comunidade. Os recursos comuns não se esgotam necessariamente, mas podem ser apropriados com facilidade por indivíduos ou grupos para uso puramente privado. A título de exemplo, vemos o perigo da concentração de poder acumulado por Amazon, Google, Facebook, Twitter, Apple e Microsoft que surge através da sua capacidade de controlar a infraestrutura fundacional de nossa vida econômica, informativa e política.[90]

No Brasil, o enfrentamento dos desafios do mundo digital tem sido feito de modo comunitário, participativo e *multistakeholder*. A posição brasileira no contexto internacional sempre foi pautada por esse ideal, fato que pode ser claramente visto na Declaração Multissetorial do Encontro NetMundial, que trouxe a defesa de uma internet unificada e vista a partir do paradigma dos chamados *commons*:

> A segurança, estabilidade e resiliência da Internet deve ser um objetivo fundamental de todas as partes interessadas na governança da Internet. Como um recurso global universal, a Internet deve ser um, estável, rede resistente, seguro e confiável seguro. Eficácia na abordagem dos riscos e ameaças à segurança e estabilidade da Internet depende de uma forte cooperação entre os diferentes intervenientes.[91]

[89] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 17.

[90] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 17. Tradução nossa.

[91] COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.BR. *Declaração Multissetorial de São Paulo*: NetMundial. São Paulo: Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance, 2014. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/Documento_NETmundial_pt.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

Esse ambiente digital multissetorial propiciou ao país ser um dos países mais ativos dentro da política digital global. Na sequência das revelações de Edward Snowden, a então presidente Dilma Rousseff defendeu que "[as] Nações Unidas devem desempenhar um papel de liderança para regular a conduta dos Estados com relação a essas tecnologias".[92] A organização do NetMundial reforçou essa postura multissetorial, muito embora esta não tenha obtido êxito, em virtude da falta de apoio de países que geralmente se alinham com as ideias brasileiras, como a Índia e a Rússia.

Além disso, desde a criação do CGI.br, o país se destaca como modelo na gestão de domínios, muito devido ao enorme sucesso advindo de sua abordagem multissetorial aberta, não somente em relação às autoridades governamentais, como também ao setor empresarial e a sociedade civil. O Brasil gradualmente estendeu esse modelo a várias áreas da governança da internet, especialmente como preparativo para sediar o Fórum de Governança da Internet, em 2007.[93] Em 2009, a instituição elaborou os chamados Dez Princípios para a Governança e Uso da Internet,[94] que buscavam promover uma internet construída coletivamente pelos atores participantes do CGI.br e que posteriormente serviram como semente para a construção do Marco Civil da Internet brasileiro.

A trajetória dessas iniciativas, em princípio não vinculativas, em direção a propostas concretas e robustas, levaram à criação de legislação que protege o cidadão e de uma relação colaborativa para com o Estado, que expandiu o debate sobre o constitucionalismo digital. No caso brasileiro, essas experiências enraizaram princípios e direitos digitais no domínio da política formal e em nível estatal, tornando-o um dos países referência na proteção desses direitos, bem como estabelecendo novos marcos na construção do constitucionalismo digital.[95] Em diálogo com a resposta europeia, o governo brasileiro não busca se fechar em uma abordagem intraestatal, mas aumentar a conectividade internacional na internet, enquanto garante que os dados de seus cidadãos permaneçam dentro do país.[96]

---

92 "The United Nations must play a leading role in the effort to regulate the conduct of States with regard to these technologies" (ROUSSEFF, Dilma. *Statement By H. E. Dilma Rousseff*: President of the Federative Republic of Brazil. 2013. At The Opening Of The General Debate Of The 68TH Session Of The United Nations General Assembly. Disponível em: https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/BR_en.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021) (Tradução nossa).

93 KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à governança da internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. p. 204.

94 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.BR. *Princípios para a governança e uso da internet*. 2009. Disponível em: https://principios.cgi.br. Acesso em: 2 abr. 2021.

95 GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015. p. 20.

96 BAUMAN, Zygmunt *et al*. Após Snowden: repensando o impacto da vigilância. *Revista Eco Pós*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 8-35, ago. 2015. p. 18.

Somente uma abordagem multissetorial e multilateral de regulação do ciberespaço pode garantir que o conjunto de medidas internas destinadas à criação de capacidades nacionais de proteção à privacidade e aos direitos humanos seja efetivo e alcance todos os países de maneira semelhante, sem que haja abuso de direitos, ou ativos de vigilância que privilegiem um grupo restrito.

No caso europeu, o continente possui posição próxima àquela defendida pelo Brasil. A proteção contra a excessiva vigilância digital e a estratégia de cibersegurança europeia se dão com base em princípios que preservam a noção de ciberespaço aberto, livre e seguro, especialmente para proteção de direitos fundamentais, direitos esses que funcionam como pilar dessa estratégia.[97]

Além disso, seu poder como maior bloco econômico do mundo permite que a União Europeia atue com uma forte política antimonopólio capaz de afetar até mesmo o modelo de negócios das *big techs* americanas. Dessa maneira, muitos de seus acordos e diplomas legislativos servem de base para o restante dos países do mundo, como foi o caso do RGPD. Suas diretrizes exigem que a coleta de dados em solo europeu conte com a notificação dos titulares das informações tratadas, para captação de seus dados, bem como proíbe que a informação seja tornada pública, ou negociada sem o claro consentimento dos usuários. Tal marco regulatório ainda impõe custosas multas às empresas que violarem tais exigências.

A forte atuação europeia na proteção de dados, por meio da garantia de meios processuais e direitos substanciais aos seus cidadãos, torna a região uma das referências quando se trata da temática do constitucionalismo digital. O RGPD, assim como a atuação ativa da União Europeia, em especial da Alemanha, no intuito de estabelecer uma regulação global para a internet, coloca os direitos humanos em perspectiva, mobilizando redes globais em favor da institucionalização do constitucionalismo digital.[98]

Isso ficou bastante claro na fala de abertura do FGI – Berlin, 2019, quando a então chanceler alemã, Angela Merkel, em seu discurso, defendeu:

> Se podemos usar a Internet globalmente ou se queremos usar a Internet globalmente, então também temos que pensá-la globalmente. A Internet afeta a todos, mesmo aqueles que não têm acesso. E por isso temos que melhorar o acesso à Internet e a participação igualitá-

[97] KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à governança da internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. p. 101.

[98] REDEKER, Dennis. Towards a European Constitution for the Internet? *Bremen International Graduate School Of Social Sciences: Comparative Institutionalization and Mobilization in European and Transnational Digital Constitutionalism*, University Of Bremen And Jacobs University Bremen, v. 1, n. 1, p. 1-21, nov. 2019. p. 17. Disponível em: https://www.giga-net.org/2019symposiumPapers/22_Redeker_Towards-a-European_Constitution.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

> ria dentro da transformação digital. [...] Devemos chegar a um acordo sobre como proteger os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito na era digital, e debater sobre como fortalecer a participação igualitária e a segurança na rede, assim como a confiança na rede. [...] No entanto, em geral, a remodelação da governança da Internet é, naturalmente, uma questão que exigirá esforços globais. Ela exigirá que os Estados e as partes interessadas se unam. A Alemanha está pronta para ajudar a moldar uma nova política global para a Internet sob os auspícios das Nações Unidas. Estamos convencidos de que as Nações Unidas e o IGF têm um papel fundamental a desempenhar na obtenção de um consenso global em favor de uma Internet aberta, livre e descentralizada.[99]

O processo de elaboração da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia demonstra justamente a importância da construção de saberes cooperativos, em especial quando conduzidos por meio de reuniões e encontros regionais, com processos decisórios multilaterais sob uma ótica amplamente democrática de direitos humanos.[100] O sucesso da abordagem europeia guarda relação com seus aspectos vinculados a uma coordenação multinível que integra as dimensões econômicas, sociais, ambientais e políticas, e que gera coerência nos procedimentos e aplicações relacionadas à governança da internet.[101]

Assim como o CGI.br, a arquitetura das instituições europeias, desde o Parlamento europeu, até as organizações comunitárias da sociedade civil, incorpora elementos de governança multilateral e um processo decisório que engloba sociedade civil, iniciativa privada e governo.

[99] MERKEL, Angela. *Speech by Federal Chancellor Dr Angela Merkel opening the 14th Annual Meeting of the Internet Governance Forum in Berlin on 26 November 2019*. 2019. Disponível em: https://www.bundesregierung.de/breg-en/news/speech-by-federal-chancellor-dr-angela-merkel-opening-the-14th-annual-meeting-of-the-internet-governance-forum-in-berlin-on-26-november-2019-1701494. Acesso em: 2 abr. 2021. Tradução nossa.

[100] REDEKER, Dennis. Towards a European Constitution for the Internet? *Bremen International Graduate School Of Social Sciences: Comparative Institutionalization and Mobilization in European and Transnational Digital Constitutionalism*, University Of Bremen And Jacobs University Bremen, v. 1, n. 1, p. 1-21, nov. 2019. p. 18-19. Disponível em: https://www.giga-net.org/2019symposiumPapers/22_Redeker_Towards-a-European_Constitution.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

[101] FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020. p. 91.

4 Considerações finais

Quanto mais a sociedade moderna se torna dependente da internet, mais relevante é a sua governança. Dessa maneira, é possível notar a proximidade das visões do Brasil e da União Europeia quando propõem a governança da internet sob uma ótica multilateral e que engloba vários atores. Essa análise é necessária justamente com o intuito de se coibir práticas de vigilância na sociedade contemporânea. O atual processo decisório dá margem para amplas violações de direitos humanos por meio da coleta desenfreada de informações. Em diferentes situações, o modelo de negócios implementado por *big techs* mostrou-se em descompasso com a proteção internacional dos direitos humanos, representando um grave perigo à privacidade dos indivíduos e à própria ordem democrática dos Estados.

O esforço da União Europeia e do Brasil para que a internet seja tratada como um *common* global se insere em um contexto de reafirmação dos direitos humanos na rede digital. Somente por meio de respostas multissetoriais, multilaterais e com um espaço democrático para discussão será possível encontrar soluções para esses problemas, os quais não se limitam a uma localidade ou região, mas que são, antes de tudo, globais.

No entanto, a despeito dos aspectos positivos e dos avanços legislativos decorrentes do vanguardismo europeu e brasileiro, tais desdobramentos não esgotam seu potencial, bem como não satisfazem em absoluto as necessidades sociais. Ao nos voltarmos à realidade brasileira, por exemplo, é evidente que apesar de positiva a abordagem no tocante à tomada de decisão coletiva e à promoção do modelo *multistakeholder* – há tempos empregado no país – a legislação protetiva do direito à proteção de dados pessoais ainda é pouco aplicada e o trabalho da ANPD é relativamente novo, não tendo esta aplicado sanções até o momento. Apesar da inclusão do direito à proteção de dados no rol de direitos fundamentais disposto no art. 5º da Constituição Federal, para que os benefícios do modelo *multistakeholder* brasileiro sejam potencializados, é necessária uma postura mais ativa, aberta e transparente, principalmente dos atores envolvidos com a construção de políticas públicas.

Similarmente, apesar do peso obrigacional que acompanhou o diploma europeu, as garantias conferidas pela RGPD também não esgotam sua capacidade protetiva, pois, mesmo quando judicialmente ordenadas, aspectos essenciais de proteção têm sido negligenciados, em decorrência de o sistema europeu de proteção de dados ser, em certa medida, burocrático, não harmônico e, consequentemente, ineficiente. Ao se manterem inertes, os reguladores minam direitos individuais e, como no caso Google Spain, corroboram para que as empresas e a mídia possam

manipular a situação em favor de seus próprios interesses, limitando consideravelmente o alcance da condenação, com déficit de transparência.[102]

Apesar de haver pontos a serem aprimorados, é inegável que as iniciativas mencionadas ao longo deste trabalho impactaram positivamente o contexto atual da proteção de dados pessoais em suas respectivas jurisdições, em vista de criarem *standards* e mecanismos *multistakeholder* que congregam atores em favor do direito à proteção de dados e à autodeterminação informativa, contribuindo para que as *big techs* se adequem a essa nova realidade digital.

Referências

BARTH, Carlos Henrique. É possível evitar vieses algorítmicos? *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 43-44, dez. 2021.

BAUMAN, Zygmunt *et al*. Após Snowden: repensando o impacto da vigilância. *Revista Eco Pós*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 8-35, ago. 2015.

BERMAN, Paul Schiff. Cyberspace and the State Action Debate: the cultural value of applying constitutional norms to private regulation. *University Of Colorado Law Review*, v. 71, p. 1263-1310, 23 maio 2000.

BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2 jan. 2019.

CELESTE, Edoardo. Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 2, p. 122-138, 2018.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.BR. *Declaração Multissetorial de São Paulo*: NetMundial. São Paulo: Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance, 2014. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/Documento_NETmundial_pt.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.BR. *Princípios para a governança e uso da internet*. 2009. Disponível em: https://principios.cgi.br. Acesso em: 2 abr. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles*. 2011. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6. Acesso em: 11 maio 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial*. 2020. Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf. Acesso em: 6 abr. 2022.

[102] POWLES, Julia. The case that won't be forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 47, n. 2, p. 583-615, 2015. p. 612.

DIAS, Tatiana. YouTube veta impulsionamento de vídeo crítico ao Google. *Centro de Estudos da Mídia Alterativa Barão de Itararé*, 2022. Disponível em: https://baraodeitarare.org.br/site/noticias/comunicacao/youtube-veta-impulsionamento-de-video-critico-ao-google. Acesso em: 5 abr. 2022.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The new penology. *In*: McLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John; HUGHES, Gordon (Org.). *Criminological perspectives*: essential readings. 2. ed. Londres: Sage, 2005.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. *In*: NELKEN, David (Org.). *The futures of criminology*. Londres: Sage, 1994.

FILGUEIRAS, Fernando; ALMEIDA, Virgílio. *Governance for the digital world*: neither more state nor more market. [s.l.]: Springer International Publishing, 2020.

FIRMINO, Rodrigo José. Securitização, vigilância e territorialização. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards digital constitutionalism?: mapping attempts to craft an internet bill of rights. *Berkman Klein Center For Internet & Society Research Publication*, Cambridge, v. 15, nov. 2015.

GLASER, Hartmut Richard. Internet Governance in Brazil: A multistakeholder approach. *CGI*, 2009. Disponível em: https://cgi.br/publicacao/internet-governance-in-brazil-a-multistakeholder-approach/. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOSNELL, Cymone. The General Data Protection Regulation: American compliance overview and the future of the American business. *Journal of Business & Technology Law*, College Park, v. 15, n. 1, p. 165-187, jan. 2019.

GREGORIO, Giovanni de. *Digital constitutionalism in Europe*: reframing rights and powers in the algorithmic society. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

GUIMARÃES, Arthur. ANPD: Definição de critérios de dosimetria de pena é 'prioridade zero'. *Jota*, 2022. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/anpd-definicao-de-criterios-de-dosimetria-de-pena-e-prioridade-zero-11042022. Acesso em: 10 maio 2022.

GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*: Lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis: Vozes, 2017. Edição Digital.

HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. *Understanding knowledge as a commons*: from theory to practice. Cambridge: The MIT Press, 2007.

KURBALIJA, Jovan. *Uma introdução à governança da internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

LINS, Ricardo Galvão de Sousa; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira. O constitucionalismo multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 15, p. 186-203, jun. 2021.

LYON, David; ZUREIK, Elia. *Computers, surveillance, and privacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada*: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MELO, Maria Heloísa Chiaverini de *et al*. Uma análise de conjuntura da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): tramitação, aprovação e vigência. *Revista Humanidades e Inovação*, v. 8, n. 47, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr. 2020.

MERKEL, Angela. *Speech by Federal Chancellor Dr Angela Merkel opening the 14th Annual Meeting of the Internet Governance Forum in Berlin on 26 November 2019*. 2019. Disponível em: https://www.bundesregierung.de/breg-en/news/speech-by-federal-chancellor-dr-angela-merkel-opening-the-14th-annual-meeting-of-the-internet-governance-forum-in-berlin-on-26-november-2019-1701494. Acesso em: 2 abr. 2021.

MOLNAR-GABOR, Fruzsina. Data protection. *In*: GROTE, Rainer; LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883707. Acesso em: 3 abr. 2021.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey; ARGUELHES, Diego Werneck. The Marco Civil da Internet and digital constitutionalism. *In*: FROSIO, Giancarlo. *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 189-213.

MONTEIRO, Artur Pericles Lima; CRUZ, Francisco Brito; SILVEIRA, Juliana Fonteles da; VALENTE, Mariana G. *Armadilhas e caminhos na regulação da moderação de conteúdo*: diagnósticos & recomendações. São Paulo: Internet Lab, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/07/Protecao-de-Dados-e-Transparencia-em-Moderacao-de-Conte%C3%BAdo.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.

MONTESANTI, Beatriz. Além dos EUA: como a Cambridge Analytica atuava em eleições pelo mundo. *UOL*, 2018. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/03/24/como-a-cambridge-analytica-atuava-para-alem-dos-eua.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. O direito à cidade digital: rumo à soberania tecnológica. *In*: MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. *A cidade inteligente*: tecnologias urbanas e democracia. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS. *Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU*. São Paulo: Núcleo de Estudos Internacionais, 2018. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Comentários%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

OLIVEIRA, Eliane. Redes de farmácia entram na mira do governo por uso de dados pessoais em programas de descontos. *O Globo*, 2021. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/redes-de-farmacias-entram-na-mira-do-governo-por-uso-de-dados-pessoais-em-programas-de-descontos-25278675. Acesso em: 13 maio 2022.

PAYÃO, Felipe. Governo Temer vai abandonar software livre para comprar produtos Microsoft. *Tecmundo*, 2016. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/microsoft/111214-governo-temer-abandonar-software-livre-comprar-produtos-microsoft.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

PERNICE, Ingolf. EU Democratic Legitimacy and Multilevel Constitutionalism in the Digital Age. Conference "European Economic Governance and The Future of European Democracy". *European Constitutional Law Network (Ecln)*, Berlin, v. 1, n. 1, ago. 2015.

POWLES, Julia. The case that won't be forgotten. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 47, n. 2, p. 583-615, 2015.

REDEKER, Dennis. Towards a European Constitution for the Internet? *Bremen International Graduate School Of Social Sciences: Comparative Institutionalization and Mobilization in European and Transnational*

Digital Constitutionalism, University Of Bremen And Jacobs University Bremen, v. 1, n. 1, p. 1-21, nov. 2019. Disponível em: https://www.giga-net.org/2019symposiumPapers/22_Redeker_Towards-a-European_Constitution.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

ROUSSEFF, Dilma. *Statement By H. E. Dilma Rousseff*: President of the Federative Republic of Brazil. 2013. At The Opening Of The General Debate Of The 68TH Session Of The United Nations General Assembly. Disponível em: https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/BR_en.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

ROUVROY, Antoinette. Entrevista com Antoinette Rouvroy: governamentalidade algorítmica e a morte da política. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v. 8, n. 3, dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno *et al*. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SEGURADO, Rosemary. The Brazilian civil rights framework for the internet: a pioneering experience in internet governance. *The Internet and Health in Brazil*, p. 27-45, 25 out. 2018.

SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 205630511878781, jul. 2018.

TEDIC. *Declaración Latinoamericana sobre Transparencia de las Plataformas de Internet*. 2021. Disponível em: https://www.tedic.org/declaracion-latinoamericana-sobre-transparencia-de-las-plataformas-de-internet/. Acesso em: 15 abr. 2022.

VERBLE, Joseph. The NSA and Edward Snowden: surveillance in the 21st century. *Revista SIGCAS Computer and Society*, v. 44, n. 3, p. 14-20, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1145/2684097.2684101.

WAKKA, Wagner. Cisco fecha acordo com Ministério da Ciência para investimentos em digitalização. *Canaltech*, 2020. Disponível em: https://canaltech.com.br/governo/cisco-fecha-acordo-com-ministerio-da-ciencia-para-investimentos-em-digitalizacao-165586/. Acesso em: 6 set. 2021.

WE ARE SOCIAL. *Digital 2021*: global overview report. 2021. Disponível em: https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-uk/. Acesso em: 27 abr. 2021.

WONG, Julia Carrie. The Cambridge Analytica scandal changed the world – but it didn't change Facebook. *The Guardian*, 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/17/the-cambridge-analytica-scandal-changed-the-world-but-it-didnt-change-facebook. Acesso em: 10 out. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda *et al*. *Tecnopolíticas da vigilância*: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza; MOURA, Thobias Prado; GÓES, Luma Laura Damasceno. Vigilância e monitoramento na sociedade da informação: contribuições do constitucionalismo digital para a governança da internet. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 365-404, jul./dez. 2023.

Submissão: 17.02.2022
Pareceres: 25.03.2022, 03.06.2023
Aceite: 10.07.2023

DESENVOLVENDO LIBERDADES NO SISTEMA PRISIONAL: POSSIBILIDADES E POTENCIALIDADES DAS POLÍTICAS DE TRABALHO PARA AS MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE

DEVELOPING FREEDOMS IN THE PRISON SYSTEM: POSSIBILITIES AND POTENTIALS OF WORK POLICIES IN THE CONTEXT OF WOMAN DEPRIVED OF FREEDOM

Deborah Ferreira Cordeiro Gomes

Mestra pelo Programa de Direito e Políticas Públicas – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Pesquisadora com foco no campo da Segurança Pública, Políticas Públicas e Efetividade Constitucional. Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-4390-657X. *E-mail*: dfcg.jus@gmail.com.

Bartira Macedo de Miranda

Pós-Doutora em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Valência, Espanha. Doutora em História da Ciência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestre em Direito – área de concentração: Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás (2003). Professora permanente do PPGDP – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-0301-1413.

Resumo: O presente trabalho, inserido na temática do direito ao desenvolvimento, busca firmar uma análise teórica contextualizada sobre as políticas de trabalho no ambiente carcerário, observando possibilidades e potencialidades para a ampliação de liberdades da pessoa presa. Partindo da hipótese da apenada como pré-egressa e primando pela necessidade de condução da execução da pena dentro de matizes de desenvolvimento sociopolítico sustentado e sustentável, discute-se o significado sociocultural do trabalho como possibilidade de inclusão da pessoa privada de liberdade como segmento marginal dentro da sociedade capitalista-neoliberal. Para consecução dos objetivos, promove-se uma revisão de literatura integradora sobre a temática, contextualizando-se a realidade do sistema penitenciário goiano em um estudo de caso delineado a partir da condução de entrevistas semiestruturadas com mulheres

custodiadas na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser sobre suas percepções sobre o trabalho, tanto no período pré-aprisionamento como no pós-aprisionamento. Como resultados, evidencia-se a necessidade do estabelecimento de políticas públicas penitenciárias com foco na restituição da liberdade qualificada à pessoa presa como forma de quebrar os ciclos de violência e criminalidade.

Palavras-chave: Desenvolvimento sociopolítico. Subcidadania. Trabalho prisional. Políticas públicas penitenciárias.

Abstract: This work, inserted in the theme of the right to development, seeks to establish a contextualized theoretical analysis of work policies in the prison environment, observing possibilities and potentialities for expanding the freedoms of the prisoner. Starting from the hypotheses of the convict as a pre-egress and focusing on the need to conduct the execution of the sentence within shades of sustained and sustainable socio-political development, the socio-cultural meaning of work is discussed as a possibility of including the person deprived of liberty as marginal segments within of capitalist-neoliberal society. To achieve the objectives, an integrated literature review on the topic is promoted, contextualizing the reality of the Goiás penitentiary system in a case study outlined from conducting semi-structured interviews with women held in custody at the Consuelo Nasser Women's Penitentiary about their perceptions about the work both in the pre-imprisonment and post-imprisonment periods. As a result, there is a need to establish public penitentiary policies focused on restoring qualified freedom to the imprisoned person as a way of breaking the cycles of violence and crime.

Keywords: Socio-political development. Subcitizenship. Prison work. Penitentiary public policies.

Sumário: Considerações iniciais – **1** Entre o Estado social e o Estado penal: a posição das mulheres prisionalizadas no projeto social-democrático – **2** O direito ao desenvolvimento no sistema prisional – **3** O trabalho dentro da trajetória pessoal das mulheres privadas de liberdade – **4** Trabalho prisional: possibilidades e potencialidades de efetivação do direito ao desenvolvimento sob a ótica de gênero – Considerações finais – Referências

Summary: Initial considerations – **1** Between the Social State and the Penal State: the position of imprisoned sub-citizens in the social-democratic project – **2** The right to development in the Prison System – **3** Work within the personal trajectory of women deprived of their liberty – **4** Prison work: possibilities and potential for realizing the right to development from a gender perspective – Final considerations – References

Considerações iniciais

O presente artigo desenvolve uma avaliação empírica e contextual sobre o direito ao trabalho dentro do universo prisional, considerando-o um dos desafios estruturais ao Estado brasileiro. Para tanto, promovem-se reflexões teóricas e pragmáticas sobre a efetivação do direito ao trabalho digno no ambiente carcerário como premissa essencial para observação de uma real transição democrática na execução penal.

Partindo da premissa do desenvolvimento como possibilidade de expansão de liberdades reais,[1] ancoragem teórica dada pela sociologia do desenvolvimento, o

[1] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle.

presente trabalho busca uma análise contextualizada sobre o trabalho carcerário, destacando as possibilidades de se desenvolverem formas de liberdade substancial às mulheres prisionalizadas, por meio de intervenções concretas nas diretrizes da política criminal-penitenciária.

Nesse cenário, primando pela necessidade de condução da etapa da execução da pena dentro de matizes de desenvolvimento sociopolítico sustentado e sustentável, parte-se da hipótese da apenada como pré-egressa para discutir o significado sociocultural do trabalho e da necessidade de instrumentos para a inclusão da pessoa privada de liberdade na sociedade capitalista-neoliberal.

Alicerçado neste recorte, tem-se como objetivo central a inserção da discussão do direito ao trabalho da pessoa presa como uma dimensão concreta do direito ao desenvolvimento. Com isto, a partir de uma contraposição de dados teóricos e empíricos, propõem-se reflexões sobre seu potencial de contribuir para a realização de alguns dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, estabelecidos pela Agenda 2030, a partir do entabulamento de políticas de desenvolvimento econômico e social com foco na promoção de crescimento sustentado, inclusivo e sustentável com emprego pleno-produtivo e trabalho decente para todos (Objetivo 8, ODS) e a redução da desigualdade social (Objetivo 10, ODS).

Para consecução dos objetivos, promove-se uma revisão de literatura integradora sobre a temática, contextualizando-se a realidade do sistema penitenciário goiano em um estudo de caso delineado a partir da condução de entrevistas[2] semiestruturadas com mulheres custodiadas na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser sobre suas percepções sobre o trabalho, tanto no período pré-aprisionamento como no pós-aprisionamento.

Nesse mister, buscando viabilizar uma análise empírica aplicada, promove-se dentro deste campo temático um recorte de pessoal, concentrando-se a presente análise no público prisional feminino. A delimitação do caso dá-se nessa perspectiva porque, além da condição de grupo vulnerável e discriminado pela condição de segregação dada pela pena, soma-se ao quadro todo um processo social de violência de gênero, discriminação social pela própria condição feminina, além do fato de ser, dentro do grupo dos encarcerados, o grupo populacional minoritário. À vista disto, o segmento populacional feminino torna-se um grupamento hipervulnerável ao controle sociopenal, demarcando a essencialidade deste estudo.

Sob a confluência destas premissas e referenciais teóricos, inicialmente parte-se à proposição de algumas considerações sobre a posição social da pessoa presa e, por conseguinte, da necessidade de ações estatais corretivas para sua inserção efetiva no projeto constitucional democrático. Em seguida, instrumentaliza-se

[2] As entrevistas foras precedidas de autorização do Comitê de Ética em Pesquisa da UFG.

uma avaliação sobre alguns dos projetos desenvolvidos como forma de destacar o papel de nova agenda para construção de políticas públicas constitucionalmente adequadas para a efetivação do direito ao trabalho dentro do sistema prisional, sob a perspectiva do direito ao desenvolvimento.

1 Entre o Estado social e o Estado penal: a posição das mulheres prisionalizadas no projeto social-democrático

Desde o movimento de democratização brasileira, cujo marco fundamental deu-se pela Carta Constitucional de 1988, houve um amplo processo de reestruturação do exercício do poder que passa por uma remodelagem finalisticamente voltada ao escopo de democratização e ampliação de direitos. O processo de amadurecimento institucional e social tem sido, todavia, particularmente obstaculizado no âmbito do sistema de justiça criminal, o qual se apresenta, ainda contemporaneamente, como um campo refratário e austero à posição da pessoa presa como sujeito de direitos,[3] sendo, por isso, o ambiente prisional ainda muito marcado pela manifestação de um pseudo-humanismo.[4]

Nesse cenário, como efeito prático, tem-se que "o meio prisional acaba sendo visto como local de vácuo de direitos, onde o Estado de Direito é abandonado".[5] Assim, o cumprimento da pretensão penal condenatória, como um período de segregação repressiva do indivíduo, acaba por aprofundar um acirrado processo de exclusão social, como demonstra o perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Observando-se especificamente o caso das mulheres privadas de liberdade, verifica-se um perfil sociocultural bastante homogêneo dentro do sistema prisional goiano, cujos dados refletem os marcadores sociais da diferença como nuances da *discriminação interseccional*.[6]

Nesse eixo de considerações, a partir dos dados extraídos dos relatórios analíticos consolidados da Diretoria de Administração Prisional, dentro das unidades prisionais destinadas à custodia de mulheres, é possível observar um perfil genérico

[3] GOMES, Deborah F. C.; MIRANDA, Bartira Macedo de. A emergência dos direitos fundamentais: parâmetros para transposição democrática no direito de execução penal. *Humanidades & Inovação*, v. 7, p. 32-52, 2020. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3819. Acesso em: 10 jan. 2021.

[4] PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Cebrap – Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004. p. 47.

[5] VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 16.

[6] CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43, n. 6, p. 1241-1299, 1991.

da população carcerária feminina. Tratam-se hegemonicamente de mulheres negras e pardas, dentro da faixa etária de 18 a 34 anos, solteiras, com ensino fundamental incompleto, integrantes de família monoparental, com, em média, 3 filhos, alto índice de dependência socioeconômica, apenadas preponderantemente por fatos praticados sem violência e ligados a crimes contra o patrimônio e ao tráfico de drogas, cumprindo pena entre 4 e 8 anos.

Tal como no cenário nacional,[7] referidos dados são expressivos de um processo de prisionalização de um corpo de subcidadãs que terão suas trajetórias de vida marcadas pela experiência prisional, em muito associada aos macroprocessos de feminização da pobreza como faceta ampla da desigualdade estrutural[8] e do processo de criminalização da miséria.[9]

Nesse sentido, para partir-se à problematização especificamente relacionada ao direito ao desenvolvimento, torna-se essencial promover a anterior problematização da inserção da posição da pessoa presa dentro da agenda constitucional-democrática, observando que "a pobreza já não é mais um problema social, é pública e notoriamente um problema da justiça criminal".[10]

Em um contexto de "maximização na utilização do Direito Penal para contenção das assimetrias sociais",[11] fulcral observar-se o *habitus*[12] das sociedades estruturalmente desiguais, tal como a brasileira; demarca-se historicamente um processo de formação representativo de modelo excludente dado por profundos "*déficits* de coesão social".[13] Nesse contexto, é importante que se destaque a existência de

---

7 Dados do *Infopen Mulheres* apresentam o perfil da população prisional feminina em relação à faixa etária, raça, escolaridade, estado civil, número de filhos, enquadramento a tipo penal e tempo de pena, um perfil bastante simétrico ao descrito especificamente em relação ao sistema prisional goiano (BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Infopen Mulheres* – Levantamento de Informação Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2014; BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Infopen Mulheres* – Levantamento de Informação Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2018).

8 NAVARRO, Urenda. Direitos humanos e a questão de gênero na América Latina. *Webinário I Diálogo Latino Americano Sobre Direitos Humanos e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc*, 2020.

9 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Coleção Pensamento Criminológico.

10 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 286.

11 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 223.

12 Parte-se, no ponto, para avaliação do *habitus* dentro da matriz teórica bourdieusiana, na qual "representa a incorporação nos sujeitos de esquemas avaliativos e disposições de comportamento a partir de uma situação socioeconômica estrutural" (SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 205).

13 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Guia do marco conceitual da convivência e segurança cidadã*. 2. ed. Brasília: PNUD, Conviva, 2016. p. 13.

diferentes graus de cidadania e de valoração social a partir do posicionamento social dos indivíduos.

Reconhecendo a existência de estruturas culturais que firmam uma hierarquia e o valor diferencial dos seres humanos, denotativas de um ambíguo processo de modernização,[14] é possível, em síntese, compreender o posicionamento da pessoa presa dentro de uma

> [...] massa de excluídos, verdadeiramente uma 'ralé estrutural' que se constitui como a outra face histórica do processo de modernização seletivo brasileiro [...] A ralé é desprovida de qualquer valoração positiva dentro do contexto da hierarquia valorativa opaca do mercado competitivo avançado que os relega a sub-empregos, à sub-cidadania sem direitos e ao destino de serem meros números nas estatísticas policiais.[15]

Com isso, referidos subcidadãos prisionalizados serão, nessa linha de considerações, alvo de processos de subordinação e de assujeitamento, porquanto portadores de "dignidade circunstancial".[16] Desprovidos de formas significativas de capitais econômico e cultural, que são estruturantes sociais e condicionam o acesso a bens materiais e imateriais, serão eles alvo da "dominação simbólica subpolítica incrustada no cotidiano".[17]

Nesse sentido, imperioso considerar-se:

> [...] É apenas a partir da percepção da existência dessa dominação simbólica subpolítica, que traz de forma inarticulada uma concepção acerca do valor diferencial dos seres humanos, e cujo ancoramento institucional, no cerne de instituições fundamentais como mercado e Estado, permite, por meio dos *prêmios e castigos empíricos associados ao funcionamento dessas instituições* – sob a forma de salários, lucro, emprego, repressão policial, imposto, etc. [...] Essa hierarquia

[14] Nesse contexto, importante observar que para Jessé Souza, a seletividade do processo de modernização em parte é construída pelos consensos forjados no debate público de sociedades periféricas como o Brasil. Um desses consensos forjados, a nosso ver, é dado pelas funções que se atribuem à pena privativa de liberdade dentro das sociedades democráticas, tema aprofundado na próxima seção do trabalho (SOUZA, Jessé. (Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica. *Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais*, n. 22, p. 67-96, 2005).

[15] SOUZA, Jessé. (Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica. *Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais*, n. 22, p. 67-96, 2005. p. 93-94.

[16] BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, 2010. p. 52.

[17] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 223.

> valorativa implícita e ancorada institucionalmente de forma invisível enquanto tal é *quem define quem é ou não gente*, sempre segundo seus critérios contingentes e culturalmente determinados, e, por consequência, quem é ou não cidadão.[18]

O advento de sentença penal condenatória a esses grupamentos é representativo, portanto, não apenas da reprimenda a um fato típico, mas também de uma condenação a "uma vida trágica do ponto de vista material e espiritual, quanto sociopolíticas, como a endêmica insegurança pública e marginalização política e econômica".[19] Sob este prisma, "o problema da democracia é também dado pelo imaginário social aqui representativos por dois absolutismos: da maioria e do mercado, ou seja, é representativa da crise do valor igualdade".[20]

Posto isto, observando contemporaneamente a expansão do *prisonfare*, é possível caracterizar o atual modelo de penalização e prisionalização como uma técnica de controle social para a administração da marginalidade. Nesse sentido, observando que as "pessoas desfavorecidas sofrem privação sistemática de oportunidades substantivas ou, alternativamente, apenas de oportunidades adequadas",[21] torna-se preciso refletir sobre as manifestações disfuncionais desse Estado penal ante os princípios e objetivos sociais traçados na Carta Constitucional como balizas de ação estatal.

Essencial que se coloque, então, a presente discussão na esfera da substancialização de direitos à população prisional feminina, como minoria social marginalizada, estigmatizada e sem efetiva representatividade política, consignando-lhe o *direito ao desenvolvimento* como a possibilidade de acessar um

> [...] patamar de igualdade efetiva na dimensão do compartilhamento de direitos fundamentais e na dimensão do respeito atitudinal. [...] o que está em jogo é a efetiva disseminação da noção de dignidade do agente racional, que o torna agente produtivo e cidadão pleno. [...] Uma dessas formas de feridas profundas parece-me a aceitação da *situação de precariedade como legítima e até merecida e justa*, fechando o círculo do que gostaria de chamar de *naturalização da desigualdade*, mesmo de uma desigualdade abissal como a da sociedade

[18] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 223-224 (grifos nossos).

[19] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 228.

[20] FERRAJOLI, Luigi. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 17, n. 67, p. 53-54, 1999.

[21] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 26.

> brasileira [..] A circunstância da naturalização da desigualdade periférica não chega à consciência de suas vítimas, precisamente porque construída segundo as formas impessoais e peculiarmente opacas e intransparentes, devido à ação, também no âmbito do capitalismo periférico, de uma ideologia espontânea do capitalismo, que traveste de universal e neutro o que é contingente e particular.[22]

Ante a constatação desse eixo de considerações norteadoras, observando que "o capitalismo neoliberal está a gerir – de maneira preponderante – a transformação do Estado Social em Estado Penal",[23] fulcral consignar-se a estas subcidadãs prisionalizadas o direito ao desenvolvimento, apesar de sua inserção no sistema prisional, para que tenham condições reais de retorno à vida social com uma perspectiva de restituição de *liberdade qualificada* dada pela correção de *déficits* de acesso à educação e à profissionalização.[24]

2 O direito ao desenvolvimento no sistema prisional

Feita essa localização acerca do *status* sociocultural da pessoa presa, parte-se à avaliação do direito ao desenvolvimento como consectário necessário do projeto constitucional-democrático. Inicia-se a presente abordagem promovendo uma revisão de literatura integrada a partir de sua contextualização específica dentro do campo prisional. De plano, parte-se da seguinte premissa:

> [...] el desarrollo es un derecho multifacético, de carácter no solamente económico, sino también social, cultural y político. Además, tiene como objetivo el constante incremento del bienestar de todos, en un ambiente de participación política libre e igualitaria, de modo que

[22] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 217-222 (grifos nossos).

[23] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 242.

[24] Quanto ao recorte temático do presente estudo, esclarece-se que a observação dos níveis de acesso ao trabalho é um profícuo indicador de vulnerabilidade, dado que "o mundo do trabalho é uma esfera de grande importância para a compreensão das situações de vulnerabilidade social, uma vez que o trabalho é um importante fator de construção social dos ativos físicos, humanos e sociais" (RESENDE, Carolina Costa; RIBEIRO, Luiz Paulo. Breve ensaio sobre o conceito de vulnerabilidade social: exclusão social, trabalho, democracia e empoderamento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, p. 378-400, jul./dez. 2017. p. 386).

> todos podamos alcanzar igual acceso a la 'distribución justa' de los bienes y los beneficios producidos por la sociedad.[25]

Nesse sentido, reconhecendo-se a faceta do direito ao desenvolvimento aos subcidadãos prisionalizados, geram-se duas ordens de efeitos jurídico-sociais: inicialmente, torna-se factível que esta parcela social acesse formas de integração social; em segundo plano, engendra um novo eixo de direcionamento da ação estatal a formas de desenvolvimento sustentável e sustentado.[26]

Dentro de uma abordagem ampliativa do desenvolvimento,[27] considerando os níveis estruturais e abissais de desigualdade social e econômica, qualquer política de desenvolvimento deve focar, para gerar efeitos jurídico-sociais satisfatórios, em uma forma ampla e integrada de promoção do enriquecimento da vida humana em suas múltiplas vertentes de forma a congregar a expansão de capacidades, de produtividade e do poder de auferir renda. Qual seja, a perspectiva humano-desenvolvimentista deve lastrear-se no "quadrilátero virtuoso",[28] possibilitando vertentes de desenvolvimento econômico, social, político e cultural, destacando-se nesse processo a essencialidade do desenvolvimento do capital ético socioinstitucional e de seus reflexos concretos dentro da gestão pública.

Nesse direcionamento, observando o desenvolvimento como um processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas,[29] vislumbra-se que uma abordagem analítica adequada ao campo penitenciário deve partir da avaliação do direito ao desenvolvimento como um processo de ampliação de liberdades da pessoa presa considerada como pré-egressa.[30]

---

[25] COELHO, Saulo Pinto. Desarrollo humano crítico-inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho. *In*: MOYANO; COELHO; MAYOS (Org.). *Posdisciplinariedad y desarrollo humano*: entre pensamiento y política. 1. ed. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 46.

[26] ESTEVE, Josep M. Pascual. *Governança democrática*: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009. p. 63.

[27] Nesta vertente, coloca-se o processo de ampliação de liberdades – individuais e sociais – como temática central ao desenvolvimento. Nesse sentido, a "[...] razão para considerar tão crucial a liberdade substantiva é que a liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento" (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 27).

[28] ESTEVE, Josep M. Pascual. *Governança democrática*: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009. p. 60.

[29] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 17.

[30] BRASIL. Ministério da Justiça. *Modelo de Gestão para a Política Prisional*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: https://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Acesso em: 27 maio 2019.

Por conseguinte, o direito ao desenvolvimento, neste contexto, implica a remoção das fontes de privação de direitos anteriores ao período de reclusão, em razão da "pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos".[31]

No enfoque do direito ao desenvolvimento da pessoa presa, é particularmente relevante superar a acepção do *não-ser* dada pela construção de estereótipos criminalizantes.[32] Nesse eixo de considerações, em termos substanciais, seria dizer que a pena privativa de liberdade "não pode acarretar a negação da potencialidade de desenvolvimento pessoal – pilar constitucional que é – mediante a inobservância de condições mínimas de sobrevivência digna".[33]

Como desdobramento desta etiologia desenvolvimentista, além do desenvolvimento sob a dimensão pessoal da pessoa privada de liberdade, igualmente emerge a perspectiva acerca da necessidade de um correlato desenvolvimento socioinstitucional, para expandir as oportunidades sociais e a superação das barreiras impostas à pessoa privada de liberdade dentro do estado de coisas inconstitucional na execução penal.

Por esta via, demarca-se a necessidade de aperfeiçoamento da gestão pública para que se desenvolvam ações direcionadas ao combate dos modos de precarização de vida na etapa pós-aprisionamento. Ou seja, devem-se elaborar políticas de desenvolvimento como diretrizes que ampliem as oportunidades sociais, visto que

> [...] o que se nos afigura hodiernamente é tão somente uma exacerbação irrefreável, vez que uma das mais visíveis conseqüências do *modelo neoliberal de gestão das políticas públicas* é a disseminação da violência que, independentemente da maneira como se concretize – violência estrutural, violência criminal, violência repressora oficial, entre outros tipos –, parece ter a mesma origem: a crescente onda de exclusão social, prioritariamente combatida pelo sistema penal pela via da prisão.[34]

[31] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 11.

[32] GOMES, Deborah F. C.; MIRANDA, Bartira Macedo de. A emergência dos direitos fundamentais: parâmetros para transposição democrática no direito de execução penal. *Humanidades & Inovação*, v. 7, p. 32-52, 2020. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3819. Acesso em: 10 jan. 2021.

[33] TAVARES, Juarez. *Parecer consultivo*. Dispõe a pedido do coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) do funcionamento do sistema prisional brasileiro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília, 7 abr. 2015. p. 23.

[34] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 66.

Sob a acepção do direito ao desenvolvimento, observa-se a necessidade de se corrigir as condições de exclusão apriorística que acompanham esses indivíduos a fim de que a vida pós-reclusão não reverbere no regresso da marginalização secundária com retorno potencial ao cárcere.[35] Por essa razão, formas de desenvolvimento social coerente, sustentável e sustentado direcionam-se à ampliação progressiva e igualitária de direitos fundamentais, de forma que

> [....] a) no se limiten al aspecto económico, sino que también tomen en cuenta el contexto social, cultural y político, pues estas tres variables tienen que integrarse en las ecuaciones económicas y en la toma de decisiones relativas a la planificación económica (desarrollo económico); [...] c) garanticen que existe uma regulación intercomunicada entre las diferentes áreas de la actividad económica y social, de manera que tales actividades puedan retroalimentar un concierto social de mejora equitativa de la calidad de vida, que tenga en cuenta al hombre no solo como trabajador y consumidor, sino en toda su plenitud y diversidad como sujeto libre, activo y pensante (desarrollo cultural); y d) por último, asegure un desarrollo regido, planificado y programado democraticamente, donde la sociedad como un todo no solo participe en esta planificación y toma de decisiones, sino que también coseche democráticamente sus resultados (desarrollo político).[36]

Sob esse rol de elucubrações teóricas, vislumbrando a avaliação contextual do processo de implementação de direitos à pessoa presa, passa-se à análise sobre as *possibilidades de desenvolvimento* e *ampliação de liberdades* por intermédio das políticas direcionadas ao direito ao trabalho dentro do universo prisional. Dada ainda a amplitude do objeto de análise, avaliar-se-ão as questões teóricas apresentadas a partir de estudo empírico sobre a questão, considerando-se especificamente a realidade da população prisional feminina.

[35] BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social – Por un concepto crítico de reintegración social del condenado. *In*: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

[36] COELHO, Saulo Pinto. Desarrollo humano crítico-inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho. *In*: MOYANO; COELHO; MAYOS (Org.). *Posdisciplinariedad y desarrollo humano*: entre pensamiento y política. 1. ed. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 47-48.

3 O trabalho dentro da trajetória pessoal das mulheres privadas de liberdade

Consoante as premissas expostas, reconhece-se claramente, dentro da forma de estruturação da sociedade brasileira, a existência de padrões diferenciados de cidadania, que revelam níveis de desclassificação social com ancoramento socioinstitucional, em um processo complexo de naturalização da desigualdade.

Embora, de forma geral, tal processo seja típico de sociedades periféricas,[37] determinados segmentos sociais são mais atingidos, de modo que é possível notar uma maior vulnerabilidade da mulher ao controle sociopenal.

No que se refere ao percurso metodológico, destacam-se preliminarmente algumas questões centrais no que diz respeito ao processo de coleta e tabulação de dados. Destarte, referido *estudo de caso* é conduzido na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser, dentro do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, a partir da aplicação da técnica de entrevistas semiestruturadas entre os meses de janeiro e fevereiro de 2020.

No momento da condução do estudo de caso, o estabelecimento em análise contava com a custódia de oitenta mulheres sentenciadas, operando muito além de sua capacidade máxima, que seria de cerca de cinquenta vagas. Esse é o primeiro dado a ser contraposto com a estatística oficial, dado que informes nacionais apontavam haver cem por cento de ocupação, contando com a custódia de cinquenta e nove mulheres.[38] Durante o período, foram realizadas entrevistas com todas as apenadas que desejaram participar da pesquisa, isto é, com trinta e nove detentas, abarcando no processo a oitiva tanto daquelas que desempenhavam atividade laboral como daquelas que não o faziam.

O presente estudo de caso faz uma coleta de dados a partir do acompanhamento das rotinas prisionais com foco na oitiva do público-alvo dos programas laborais desenvolvidos na unidade prisional. Por essa via, observando o espectro de subcidadania e de assujeitamento, o que inclui a inexistência de espaços de fala e manifestação pública ao longo da vida, busca-se trazer as narrativas das mulheres presas sobre o tema, introduzindo indagações que funcionem como testes de meio para avaliação dos eixos corretivos de ação, bem como para avaliação de resultados centrais das ações como direcionamento de aperfeiçoamento no desenho dos programas em andamento e de futuras políticas de trabalho.

[37] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 190-191.

[38] BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Painel Iterativo. 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view. Acesso em: 14 jul. 2020.

Objetiva-se com isso não apenas uma maior proximidade com a realidade local, mas especialmente consignar – a partir do relato direto das apenadas – um espaço para oitiva de suas percepções e interpelações, de forma a retirá-las da posição de *outsiders* do ciclo das políticas públicas. Nesse sentido, considera-se que a visão contextual, cotidiana, factual e tangível sobre os projetos laborais é essencial e central nos debates acerca da formulação de políticas públicas penitenciárias constitucionalmente adequadas.

Por esse ângulo, observando as peculiares vulnerabilidades na inserção das mulheres no mercado de trabalho, tanto relativas ao período prévio como posterior à sentença penal condenatória, parte-se do pressuposto de que tão apenas a partir de um procedimento avaliatório focado na possibilidade de correções do processo decisório, a partir da oitiva dos atores diretos, especialmente congregando um plexo informacional dado pelas mulheres presas, é que se tem um instrumento fidedigno para o desenvolvimento de uma agenda de processos e projetos suficientes, adequados e que esbocem o real interesse das beneficiárias.

À vista disto, delineia-se um estudo de caso descritivo com foco na avaliação de processos e projetos a partir de dinâmicas de observação interpessoal diagnóstica dentro do mesmo espaço focal, verificando os níveis de cobertura do público prisional feminino pelos padrões de dominância relatados durante a trajetória pessoal das entrevistadas, contemplando os períodos pré e pós-aprisionamento.

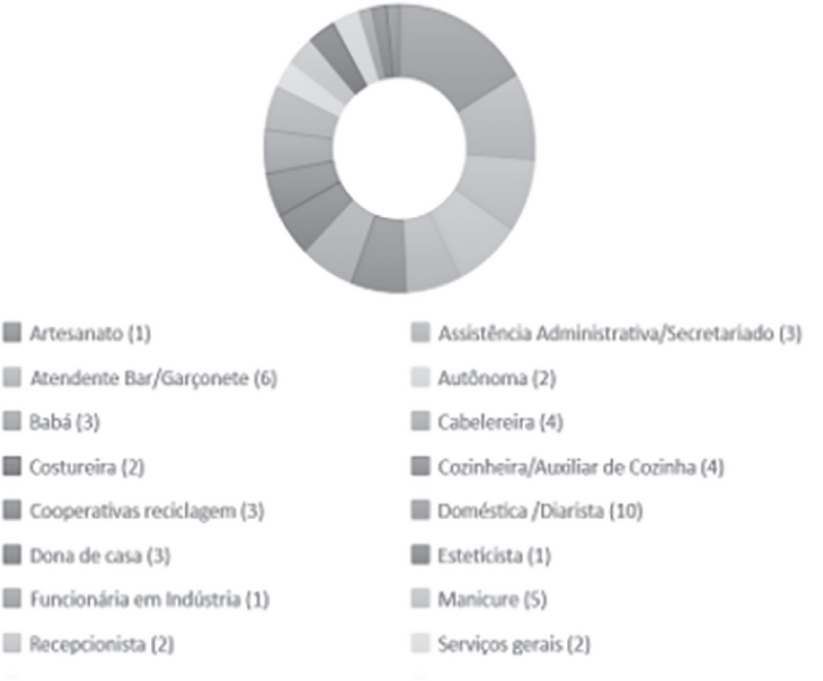
No tocante aos parâmetros de interpretação dos dados relacionados ao período de cumprimento de pena, a partir da almejada função ressocializadora, observa-se a prisão como espaço de trabalho e a presa como trabalhadora, vislumbrando sua inserção no processo produtivo dentro de formas de sociabilidade a partir da compreensão de "seu perfil, sua história ocupacional, suas relações atuais com trabalho e suas motivações para o futuro".[39]

Quanto ao plano amostral, ressalta-se que referido estudo de caso contempla a oitiva e autoqualificação de trinta e nove mulheres custodiadas no estabelecimento. Deste processo, observa-se claramente a existência de um perfil sociocultural bastante homogêneo, revelador da precarização de sua mão de obra e dos rendimentos em muito associados a trajetórias comuns em relação à impossibilidade de qualificação educacional e profissional.

Tal aspecto reflete diretamente na observação dos padrões de representatividade dos ofícios desempenhados por essas mulheres no período pré-aprisionamento, conforme os dados compilados no infográfico a seguir, em que são elencados o segmento de atividade e representatividade numérica de pessoas a ela ligadas.

[39] BRANDT, Vinicius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 22.

Gráfico 1 – Padrões de representatividade por atividade desempenhada



Fonte: Autoria própria, 2020.

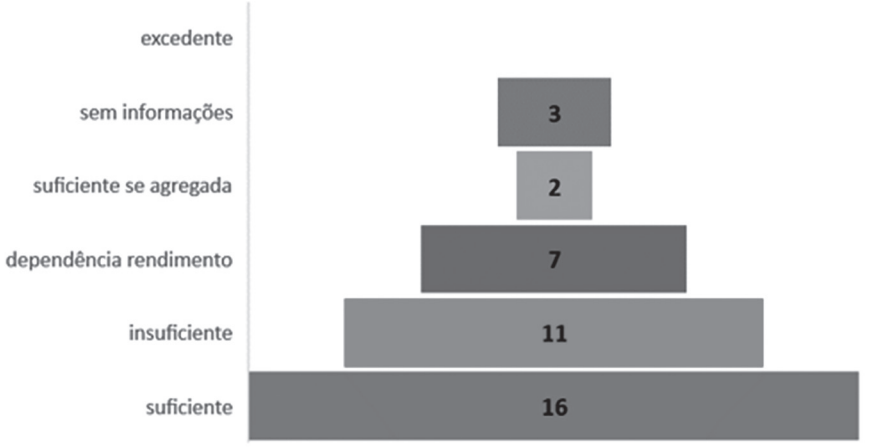
Importante notar, além da baixa variabilidade, a existência de um nítido eixo de atividades laborais subalternas e de subempregos, típicas das classes identificáveis como subcidadãs. Em somatório a esse fator, deve-se acrescentar ainda que, para além de serem um eixo de atividades de menor reconhecimento e valorização social, também o são economicamente. Nesse sentido, essencial conjugar uma avaliação sobre níveis de suficiência de suas rendas pessoais, considerando tão apenas o fator subsistência.[40] No ponto, emergem tanto resultados previsíveis quanto surpreendentes.

Quanto aos níveis de rendimento no período pré-aprisionamento, como esperado, nenhuma das entrevistadas apresentou dispor de renda excedente ao necessário para sobreviver, com *superávit* nos ganhos financeiros. Contudo, a maior parcela

[40] Para mensuração objetiva do fator sobrevivência, considera-se o pontuado pelo art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal que, ao estabelecer nível básico de rendimentos, apresenta como suficiente aquele hábil a atender às necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte.

das entrevistadas relatou dispor ganhos suficientes para a sobrevivência do núcleo familiar no limite do essencial (≅ 41%). Em contraponto, há parcela remanescente significativa que aponta rendimentos insuficientes (≅ 28%). Há ainda aquelas que apresentaram deter rendimentos suficientes tão apenas quando somados à renda variável de outros membros da família (≅ 5%), enquanto um outro grupo indicou não ter nenhuma forma de renda autônoma – indicando estarem em situação de total dependência financeira (≅ 7%). Tais informações aparecem refletidas no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Níveis de renda : sobrevivência núcleo familiar



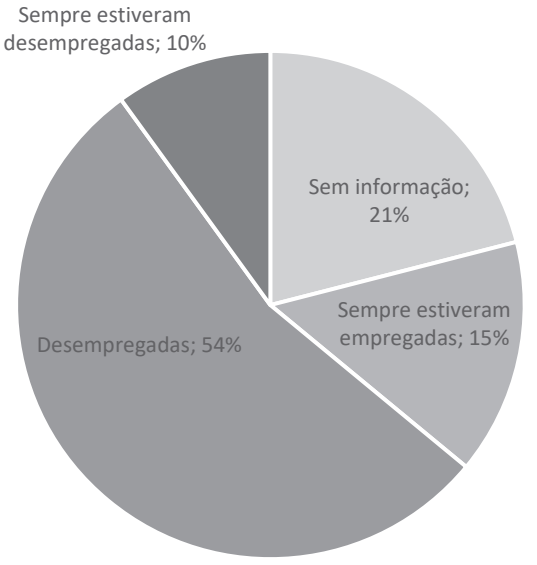
Fonte: Autoria própria, 2020.

Dadas essas considerações, é possível inferir razoavelmente que não é apenas o fator renda que impacta a trajetória pessoal dessas mulheres. Isso porque, mesmo dentro dos grupos daquelas que denotam ter renda suficiente, há certa generalidade e constância nos relatos quanto à instabilidade ou insegurança na obtenção da renda. Além dos núcleos relativos ao tipo de atividade desempenhada e aos rendimentos, demostra-se importante avaliar de forma complementar o nível de estabilidade de suas atividades e rendimentos.

Quanto às experiências de emprego/desemprego, à exceção dos casos das autônomas e de duas das entrevistadas que relataram terem tido registro formal de emprego com carteira assinada, em todos os demais casos, notam-se vínculos laborais instáveis e precários, com tempo médio em cada local de exercício de 3 meses a 1 ano, no máximo. Com relação às mulheres empregadas, muitas delas, embora ganhassem o suficiente, se viam constantemente submetidas à insegurança da fonte de renda com reiteradas experiências de perda de emprego. Isso sem

contar as que relatam terem experienciado o desemprego por grandes períodos, quando não por toda a vida. O gráfico a seguir materializa as referidas questões.

Gráfico 3 – Níveis de desemprego na trajetória pessoal: pré-aprisionamento

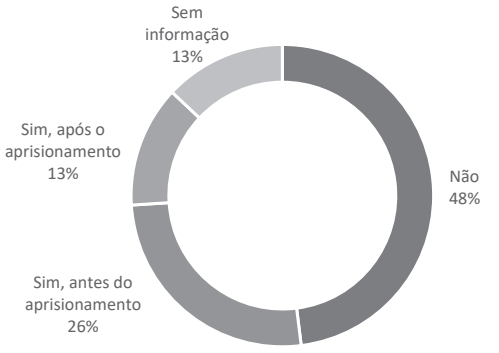


Fonte: Autoria própria, 2020.

No ponto, salienta-se que 10% das entrevistadas afirmaram terem enfrentado uma situação de desemprego crônico, enquanto 54% das entrevistadas apontam que viviam com alta instabilidade quanto ao exercício profissional e níveis de renda exercendo atividades variadas. Disto decorre que, da amostra total, 64% é representativa dos profundos reflexos do cenário de desqualificação social e profissional a que submetidas. Portanto, importante avaliar-se esse quesito como essencial para um eixo de ações corretivas, sendo o próximo item a ser examinado.

Quanto à qualificação profissional, avaliando os índices de participação em cursos profissionalizantes, obteve-se a seguinte representatividade.

Gráfico 4 – Níveis de participação em cursos profissionalizantes



Fonte: Autoria própria, 2020.

Interessante notar que, enquanto 48% das mulheres presas alegaram jamais ter participado de alguma atividade profissionalizante, em contraponto, 39% afirmaram a participação, sendo, contudo, representativa a parcela das que participaram apenas após o aprisionamento – 13%. Nesse enquadramento, importante ressaltar também o eixo de dados qualitativos que agregam muitas informações relevantes à análise.

Nesse nodal de observações, entre aquelas que responderam negativamente aos quesitos, constatam-se três ordens de justificativas quando indagadas se desejariam tê-lo feito. Grande parte das entrevistadas relataram o desejo pela melhor qualificação, alegando, ainda assim, a impossibilidade de participação anterior sempre por uma mesma ordem de fatores isolados ou cumulativos, conforme o caso pessoal: 1) não contarem com as exigências mínimas de escolaridade; 2) terem de fazer escolha entre estudar ou trabalhar; 3) impossibilidade de custear os cursos. No ponto, é notório ante esses dados que há, no contexto geral, uma anterior penalidade dada pela privação de liberdade econômica e intelectual.[41]

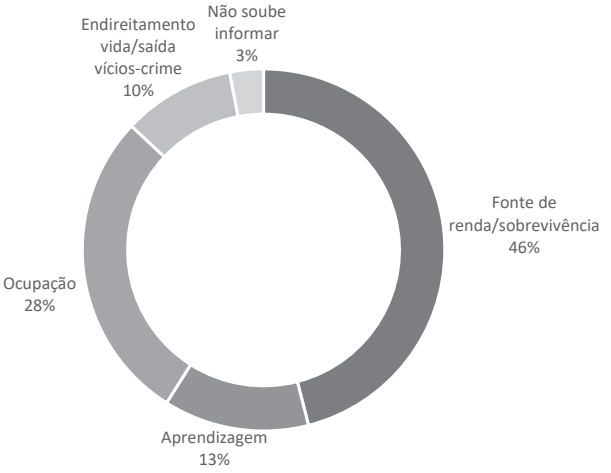
Sob outra via, entre as presas que afirmaram positivamente a participação em algum curso ou oficina, ressalta-se igualmente outro viés analítico que deve ser adicionado para análise de projetos de acesso às vagas laborais e profissionalização dado que, além dos níveis de participação, devem ser paralelamente observados os níveis de aproveitamento dos cursos oferecidos. Isso porque também foi relato comum por parte das entrevistadas o não aproveitamento dos cursos: muitas relatam terem parado sem ter concluído, não terem gostado, não ter aprendido

[41] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 17.

ou, mesmo quando concluídos, terem aproveitado pouco ou nada do curso ou, por fim, terem desaproveitado os ensinamentos ao longo do tempo ao não os terem posto em prática após a finalização dos cursos.

Complementando esse eixo de considerações, quanto ao significado do trabalho, em uma livre acepção valorativo-subjetiva, observam-se padrões gerais de significação deste de acordo com sintagmas de maior relevância observados nas falas e narrativas apresentadas pelas mulheres entrevistadas, ora apresentadas graficamente (Gráfico 5).

Gráfico 5 – Acepção valorativa do trabalho na trajetória pessoal



Fonte: Autoria própria, 2020.

Dentro dos principais eixos de significação, para maior parcela das entrevistadas, o desempenho de atividade laboral aparece associado diretamente à fonte de renda, ressaltando ser esse aspecto significante não apenas na acepção estrita de garantia de subsistência, de progresso econômico, mas também como forma de melhoria do padrão geral de vida e, essencialmente, como forma de *independização*.

Em continuação, em uma segunda linha de abordagem, aparecem falas em que o trabalho aparece mais voltado a um cenário de visão de desenvolvimento pessoal, ganhando uma conotação geral de *oportunidade*. Nessa acepção, traduzem-se nas falas das entrevistadas vocábulos que se direcionam à demonstração de um melhor nível de satisfação pessoal consigo mesmas, visão presente tanto nas abordagens caracterizadas como "aprendizagem" e de "ocupação" (comum nas falas daquelas que não se dedicavam a nenhum afazer ou responsabilidade

laboral no sentido de se sentirem a partir deste úteis em algo, tanto no sentido pessoal como social).

Por último, dentro de um último agrupamento, aparecem aquelas que veem no trabalho uma possibilidade de *individuação*.[42] No ponto, observa-se uma referência mesclada entre a sensação de satisfação pessoal e de aferimento de ganhos, por significarem o trabalho como a correção dos rumos de suas vidas dando uma conotação no sentido de "endireitamento da vida"/"saída vícios"/"saída do mundo do crime".

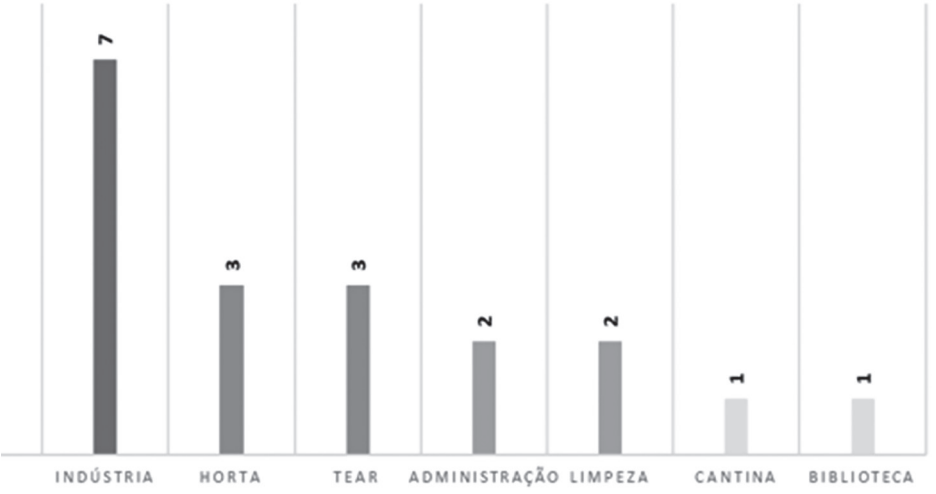
Por derradeiro, como último critério de análise do presente estudo, quanto ao interesse das entrevistadas no exercício de atividade laboral durante o período de cumprimento de pena, relevante notar-se que a totalidade das entrevistadas demonstra interesse no trabalho.[43] Não obstante, a demonstração do interesse pela totalidade das trinta e nove entrevistadas, apenas vinte delas estavam exercendo algum tipo de atividade computada como "trabalho" dentro do estabelecimento prisional, conforme o Gráfico 6, que demonstra a representatividade das atividades exercidas por elas durante o aprisionamento.[44]

[42] Dada a subjetividade dos relatos, importante pontuarem-se esclarecimentos sobre acepções que se querem dar para os termos *independização* e *individuação*. Sobre eles, o termo *independização* pretende esboçar uma conotação especialmente voltada para o rompimento de situações de dependência econômica ou de codependência em relação ao sustento familiar. Para esse núcleo de mulheres, após a experiência prisional, avaliam serem escassas as chances de saírem do círculo da prisão caso não ganhem autonomia e veem no seu esforço pessoal em conseguir um trabalho um novo recomeço dada a provável e esperada rejeição social-familiar face ao estigma de "ex-presa". Há, assim, uma maior entonação em direção à honra objetiva. Em sentido mais particular, para muitas, contudo, além do processo de dependência socioeconômica, a chance de exercer atividade laboral é denotativa a seu turno de um processo de *individuação*, qual seja da possibilidade de ganharem uma nova identidade social atrelada à profissão e à condição de autossustento. Para esse grupo de mulheres, ressalta-se a dimensão de honra subjetiva.

[43] Em suas respostas, observa-se que todas as entrevistadas vislumbram benefícios do trabalho carcerário, com maior preponderância, conforme sua situação pessoal, ao benefício pela renda (especialmente, no caso em que desassistidas por familiares e amigos) ou pelo benefício pela remição (notadamente, na situação daquelas que contavam com penas com maior duração temporal) ou mesmo pelo benefício pela abstração (auxiliando no preenchimento do tempo e tornando o cumprimento da pena mais suportável).

[44] Importante destacar que o rol de atividades se refere ao momento em que conduzida a pesquisa, já que é comum haver uma alta rotatividade quanto às tarefas dentro do estabelecimento prisional, seja por discricionariedade da direção quanto à manutenção das custodiadas, seja pela desistência das próprias apenadas.

Gráfico 6 – Execução de atividade laborais no período de aprisionamento



Fonte: Autoria própria, 2020.

Quanto a isso, importante evidenciar as razões do confronto entre o interesse potencial das mulheres nas vagas e o real desempenho das atividades. Os fatores justificantes por elas apresentados são, essencialmente: 1) ausência de remuneração; 2) ausência de dados sobre as anotações de remição; 3) ausência de atividades gratificantes. Quanto aos pontos, é possível verificar, como fator central, a não observação pelas detentas de *benefícios concretos diretos* na execução das atividades laborais, muitas o fazendo apenas visando demonstrar interesse e bom comportamento à direção. Universalmente, evidencia-se a falta de engajamento no trabalho pela desvalorização pessoal e econômica do rol de atividades oferecidas.

Representando esse aspecto de forma concreta, a fala de uma das entrevistadas talvez bem resuma a percepção geral das demais companheiras quanto às vagas de trabalho a elas oferecido em tais condições:

> PESQUISADORA: Para você o que o trabalho representa? Você acha importante trabalhar ou não?
>
> ENTREVISTADA: Dentro da prisão?
>
> PESQUISADORA: Também... Mas de forma geral, na sua vida... acha importante ter um trabalho?
>
> ENTREVISTADA: Uai, o trabalho sem benefício não é atrativo para ninguém... Aqui só compensa mesmo trabalhar na indústria onde tem, além da remição, a renda... e o aprendizado mesmo. Aqui a gente faz

> muita coisa sem função, apenas limpar chão e organizar as coisas não leva a muita coisa. O único trabalho aqui que é interessante é o da indústria porque além de ajudar no tempo da pena você já conhece o chefe e, se for boa, já consegue uma indicação para emprego lá fora. A empolgação só tem quando gera renda. Todos precisam do dinheiro, né?

A fala exposta é significativa, porquanto revela e corrobora explicitamente a necessidade de um eixo de ações com agregado em qualificação e oportunidades factíveis, que consigne o reenquadramento funcional destas mulheres fora de um rol tão estrito de atividades não aptas a engendrar seu desenvolvimento pessoal, financeiro e intelectual, ao contrário, denotando a precariedade e desigualdade na distribuição de oportunidades reais para agregar capacidades e liberdades substantivas.

4 Trabalho prisional: possibilidades e potencialidades de efetivação do direito ao desenvolvimento sob a ótica de gênero

Neste quadro de considerações, infere-se que, sendo o trabalho a *lógica de sociabilidade dominante*, por outra via, notadamente neste contexto de pesquisa, observa-se que este está adstrito predominantemente na *lógica de sociabilidade da dominação*, dado que ali se apresentando fatores de discriminação intersecional marcados pelo gênero, classe e raça. Tal ordem de coisas permite dizer que "a condição de trabalhadoras no cárcere, pelas características das modalidades e formas de trabalho oferecidas, em nada favorece a alteração da trajetória de vida dessas mulheres".[45]

À vista do exposto, adotando-se uma abordagem de desenvolvimento favorável a um contexto de amplificação de liberdades individuais, econômicas, políticas e sociais, crucial que se observe que a pessoa privada de liberdade, durante o processo de execução da pena, como pré-egressa, carece de rede de apoio, especialmente ao observar-se a premissa de que, em uma visão substancial, "a liberdade é refletida no conjunto capacitário".[46]

---

[45] CHIES, Luiz Antônio Bogo; VARELA, Adriana Batista. A ambiguidade do trabalho prisional num contexto de encarceramento feminino: o círculo vicioso da exclusão. *SER Social*, Brasília, v. 11, n. 24, p. 10-33, jan./jun. 2009. p. 28. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SERSocial/article/view/12744. Acesso em: 29 out. 2020.

[46] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 95.

Neste ínterim, sobreleva-se o papel da efetivação de direitos básicos como etapa primária do desenvolvimento de liberdades tanto por sua *importância constitutiva* quanto por sua *importância instrumental*.[47] Nesse direcionamento analítico, promover-se-á nesta última seção da pesquisa uma análise aplicada sobre referidas premissas, sintetizando, na contraposição entre teoria e dados, as *potencialidades* e *possibilidades* de gerar o trabalho prisional capacidade inclusiva à mulher presa, considerando-se as peculiaridades do encarceramento feminino.

De início, destaca-se que o trabalho dentro de uma acepção sociocultural é denotativo de uma regra de comportamento na sociedade capitalista e por ele pode se vislumbrar a inserção desta parcela de subcidadãs prisionalizadas nesse espaço. Com isso, além da dimensão inclusiva, dada pela perspectiva de ampliação e qualificação da capacidade produtiva,[48] consigna-se por meio dele *possibilidades* de agregar capacidades de desenvolvimento que reduzam limitações circunstanciais, pessoais, sociais e ambientais, em geral, detectadas dentro do perfil social das mulheres presas. Ao oferecer-lhes um eixo de capacidades cognitivas e reflexivas, que geram aptidão de fazer melhores escolhas, há então um eixo de *potencialidades* de gerarem-se melhorias, tanto no bem-estar pessoal como em mudanças sociais estruturais.

Não obstante, para alcançar esse escopo, seria preciso que a implementação do direito ao trabalho no ambiente prisional se desse de forma otimizada e com alinhamento a toda principiologia social-democrática. Contudo, não é este o cenário observado nas rotinas prisionais. De forma reversa, dentro da regência de uma mentalidade punitiva-segregacionista, acaba por ser o quotidiano prisional representativo de uma ilegalidade institucionalizada na qual são externalizadas formas de *ação estatal contra legem*.[49] Dessa maneira, inseridas ainda na lógica da *less elegibity*, sobressaem práticas de imposição de sofrimento consideradas

[47] No ponto, consoante considerações de Amartya Sen, o "papel constitutivo" é marcado pela importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana de forma ampla e o "papel instrumental" na faceta de ampliação de liberdades que contribuem eficazmente para o progresso econômico (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle).

[48] Nesse sentido, importante colocar como uma das condições para liberdade a assunção do conceito de promoção de equidade econômica. Destaca-se, nessa via, que "[...] a liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização" (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 15-16).

[49] TAVARES, Juarez. *Parecer consultivo*. Dispõe a pedido do coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) do funcionamento do sistema prisional brasileiro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília, 7 abr. 2015.

legítimas porque culturalmente constitutivas do processo punitivo e inflição da dor como elementos do "sociometabolismo da prisão".[50]

Observando-se o salto qualitativo e quantitativo nos níveis de exclusão a partir da ótica de formação do mercado de trabalho e conduzindo às respostas criminais como atitude pública de enfrentamento,[51] a omissão no implemento do trabalho, como faceta que pode gerar melhorias das condições materiais dos apenados e melhoria do clima organizacional reduzindo conflitualidades, pode ser considerada indevida fonte de privação de liberdade material da pessoa presa.

Nesse sentido, a perda de liberdade pela ausência de escolha de emprego pode ser, em si, aprioristicamente, uma privação fundamental,[52] inclusive denotativa de uma forma de violência institucional, considerando-se que a violência, em qualquer de suas facetas – legal, ilegal, institucional ou estrutural – é representativa de uma forma da repulsão de necessidades dada sob forma de violação ou suspensão de acesso a direitos.[53]

Posto isso, o trabalho carcerário, como dimensão de efetivação do direito ao desenvolvimento, dependerá de um processo de refinamento dos mecanismos de controle jurídico-social lastreados em uma mudança cognitivo-institucional, ancorada na cultura integral de direitos humanos, hábil a gerar a suplantação dos preconceitos que perpassam a vida cotidiana da pessoa presa, incluindo a refratariedade dos poderes públicos na efetivação de direitos.

Considerando a prisão como espaço de controle total do indivíduo, no qual o Estado detém domínio cronológico, físico e epistemológico dos sujeitos ali inseridos,[54] dentro de uma perspectiva humano-dignificante, há um correlato dever de correção dos nichos da gestão prisional para obstar *processo de dessocialização*. Nesse reposicionamento, os serviços penitenciários devem primar pela posição de garantia da integridade físico-psicológica e de assistência aos detentos, visando à quebra dos ciclos de violência e criminalidade.

Para tanto, dentro de uma primária vertente de reestruturação deve o trabalho carcerário ser ressignificado dentro da dúplice acepção que alcança dentro Lei de Execução Penal, sendo primariamente e fundamentalmente ressaltada a

---

[50] LEAL, Jackson da Silva. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

[51] YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

[52] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 141.

[53] BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre e a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr./jun. 1993.

[54] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

sua dimensão como direito do custodiado (art. 41, incs. II e VI, Lei de Execução Penal). Essa *mudança significacional*, por si, gera reflexos diretos e relevantes à Administração Prisional, impondo-lhe a saída do cenário da omissão inconstitucional na formação de uma infraestrutura para concreção do comando normativo quanto à efetivação do direito ao trabalho no espaço prisional, mas não apenas.

Apresentam-se, ainda, como consectários operacionais deste processo, outros dois eixos de ação corretiva dados pelos necessários ajustes ante as distorções de incentivo e da desutilidade que o marca atualmente. Sob o prisma das *distorções de incentivo*, é preciso que saia da preponderância da dimensão de dever do apenado (art. 31, Lei de Execução Penal) e de objeto do poder disciplinar em que, ante a pouca oferta de vagas laborais, aparece o trabalho prisional como forma de "capitalização da disciplina".[55] Para mais, quanto ao *espectro da desutilidade*, deve sair do âmbito das atividades de mera manutenção do espaço prisional e de atividades sem perspectiva de real inserção no mercado laboral dentro das quais se naturalizam e solidificam facetas não construtivas do trabalho prisional.

Considerando que Estado e Mercado funcionam como as duas maiores "fábricas de *self* pontuais",[56] por intermédio da ressignificação do trabalho prisional, há uma *possibilidade* de se promover não apenas a socialização de direitos, em detrimento da mítica ressocialização, mas igualmente uma inclusão à ordem social constituída à medida que fomenta a capacidade de desempenho como forma de viabilizar o acesso a bens materiais e imateriais, inclusive, dando uma "nova identidade social" ao preso a partir do seu rol de escolhas e de seu desempenho.

Nesse campo, importante destacar:

> [...] A ideologia do desempenho é uma ideologia na medida em que ela não apenas estimula e premia a capacidade de desempenho objetiva, mas legitima o acesso diferencial permanente a *chances de vida* e apropriação de bens escassos. Apenas a combinação da tríade da ideologia do desempenho faz do indivíduo um *sinalizador completo e efetivo do cidadão completo* (Vollbürger). A tríade torna também compreensível por que apenas através da *categoria do trabalho é possível se assegurar de identidade, autoestima e reconhecimento social*. [...] A ideologia do desempenho funcionaria, assim, como uma espécie de legitimação subpolítica incrustada no cotidiano, refletindo

[55] CHIES, Luiz Antônio Bogo. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

[56] SOUZA, Jessé. (Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica. *Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais*, n. 22, p. 67-96, 2005. p. 75.

> a eficácia de princípios funcionais ancorados em instituições opacas e intransparentes, como mercado e Estado.[57]

À vista do exposto, destaca-se que essa legitimação cotidiana pelo trabalho, como categoria de estima e reconhecimento social, é o que, inclusive, lastreia uma separação funcional, ainda que baseada em ordens compreensivo-constitutivas estigmatizadas, entre "cidadãos de bem" dos "criminosos", tendo com isso as políticas de trabalho no âmbito do sistema prisional um papel estruturante no tocante à possibilidade de ampliação dos espectros de cidadania.

Destarte, ante os dados teóricos e empíricos consolidados, congregando uma avaliação contextual acerca das possibilidades e potencialidades de se promover o trabalho carcerário digno, finaliza-se o presente estudo formulando uma avaliação propositiva para o aperfeiçoamento de políticas públicas penitenciárias com foco no direito ao trabalho, sob a perspectiva de políticas de desenvolvimento humano sustentado e sustentável.

De início, destacam-se teoricamente as *potencialidades* do trabalho carcerário e da educação profissionalizante na promoção, tanto de uma faceta de *desenvolvimento pessoal* – sob a dimensão de acréscimo das capacidades econômico-produtivas e capital social e intelectual – como *desenvolvimento socioinstitucional* – sob a dimensão de gerar-se por meio de instituições estatais formas de cooperação para superação de desigualdades no acesso de bens materiais e imateriais.

Contudo, para que se chegue a esse escopo, demonstra-se primordial significar o trabalho carcerário para além da regulamentação normativa a ele dada, na qual sobressai uma visão autoritária da adscrição de trabalhadores, esfera perante a qual aos subcidadãos prisionalizados se ofertam subempregos. Isso porque, da forma em que se assentam as iniciativas em relação aos programas de oferta de vagas laborais, há parca possibilidade de se concretizarem os objetivos de desenvolvimento com foco em:

a) políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as *atividades produtivas*, *geração de emprego decente, empreendedorismo*, *criatividade e inovação* (Objetivo 8, meta 8.3, ODS);
b) *empoderar* e *promover a inclusão social, econômica e política* de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra (Objetivo 10, meta 10.2, ODS);

[57] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 209-210 (grifos nossos).

c) promover a *garantia de igualdade de oportunidades* e *redução das desigualdades de resultados*, inclusive, por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias (Objetivo 10, meta 10.3, ODS).

Concretamente, para que o trabalho no ambiente prisional abarque a "multidimensionalidade do direito ao desenvolvimento"[58] e possibilite, dentro dos limites possíveis, a redução de danos da experiência prisional, deve este dar-se no sentido de gerar projeto de autodesenvolvimento pessoal pela via da qualificação profissional e de desenvolvimento socioinstitucional pelo compromisso na efetivação de direitos. Posto isto, torna-se primordial a desenvolução de programas que coloquem o trabalho carcerário como programas de promoção de bem-estar social, a partir de redes de solidariedade para obstar a vulneração pela experiência prisional e prévios processos de exclusão social.

Referida transição implica o enfrentamento do problema jurídico-constitucional da pena na ambiência do Estado democrático e no delineamento de uma política focal para público prisional feminino, visando conter as disfunções da pena, em face das quais o espaço prisional se torna uma verdadeira "fábrica de exclusão".[59] Apenas sob esse direcionamento, possibilita-se progressiva superação das patologias da segregação punitiva e do desenvolvimento social excludente e seletivo que perpassam paradoxos próprios do pensamento jurídico-social marcado pela contradição entre normatividade e práxis social.

Partindo dessa visão, aderindo às críticas do debate criminológico e observando concretamente os dados coletados, para que haja deveras possibilidades concretas de inserção da mulher presa, patente se demonstram correções no *ciclo das políticas públicas penitenciárias*, tanto na dimensão do conteúdo concreto das políticas – *policy* como sob a dimensão da organização e coordenação institucional – *polity*.

É importante perceber, nesse nodal de considerações, que a inserção social da pessoa presa como núcleo de pessoas que estão estruturalmente privadas de liberdade exige uma prévia socialização de todo o núcleo de direitos fundamentais aprioristicamente não efetivados, vislumbrando, no contexto do aprisionamento feminino, especialmente a correção dos processos de baixa escolaridade, de profissionalização e alto nível de dependência socioeconômica que, em cadeia final, referendam processos de pauperização e de marginalização.

[58] ESTEVE, Josep M. Pascual. *Governança democrática*: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009. p. 29.

[59] CHIES, Luiz Antônio Bogo; VARELA, Adriana Batista. A ambiguidade do trabalho prisional num contexto de encarceramento feminino: o círculo vicioso da exclusão. *SER Social*, Brasília, v. 11, n. 24, p. 10-33, jan./jun. 2009. p. 20. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SERSocial/article/view/12744. Acesso em: 29 out. 2020.

Com efeito, sob o *ethos* desenvolvimentista, pode a efetivação do direito ao trabalho corrigir nuances deste plexo de disfunções e de desvalor psicossociológico tão apenas se ancorado na transição deste atual paradigma tanto de reificação da pessoa presa como do reducionismo da subjetividade e de aptidões pela falta de programas e da variabilidade de atividades ofertadas.

Nesse sentido, nítido se demonstra que, para o trabalho prisional se redimensionar como possibilidade concreta de desenvolvimento, é fulcral que se movimente em direção à retirada das pessoas presas, com especial atenção às mulheres presas, do plexo de hierarquização funcional face o qual a mão de obra presa é posta como *commodity*, isto é, como mão de obra abundante, superexplorável porque desregulamentada e altamente rentável.[60]

Face o perfil sociodemográfico das mulheres presas, uma das formas de promover essa virada dá-se pelo acréscimo de "capital cultural institucional".[61] Nessa conjuntura, observando mormente a questão da mulher, é preciso pensar políticas públicas penitenciárias voltadas à promoção do trabalho como diretriz de ações estatais corretivas para a "remoção das iniquidades que restringem o bem-estar feminino".[62]

Considerando que na relação mulher-trabalho-prisão verifica-se o círculo vicioso da exclusão ou de formas precárias de inclusão marcadas por condicionamentos socioestruturais em que o trabalho não assume uma substancialidade humano-dignificante,[63] um dos alicerces instrumentais se dá no fomento a eixos de programas que possibilitem oportunidades para a efetivação de direitos sociais como um fator de promoção de bem-estar social *lato sensu*,[64] qual seja como uma forma de

[60] LEAL, Jackson da Silva. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

[61] CHIES, Luiz Antônio Bogo. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

[62] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 232.

[63] CHIES, Luiz Antônio Bogo; VARELA, Adriana Batista. A ambiguidade do trabalho prisional num contexto de encarceramento feminino: o círculo vicioso da exclusão. *SER Social*, Brasília, v. 11, n. 24, p. 10-33, jan./jun. 2009. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SERSocial/article/view/12744. Acesso em: 29 out. 2020.

[64] Dentro desta abordagem, considera-se o bem-estar de acordo com heterogeneidades pessoais e variações intersociais, seja considerando variáveis subjetivas – como características pessoais, físicas, diversidade ambiental, cultural e clima social-familiar, seja considerando variáveis objetivas, dadas pela ampliação da renda como a base material, como recurso que será convertido em melhorias nas matérias de qualidade de vida (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 88-89).

> [...] reconhecimento de que o poder feminino – independência econômica e emancipação social – pode ter grande projeção sobre as forças e os princípios organizadores que governam as divisões dentro da família e na sociedade e pode, em particular, influenciar o que é implicitamente aceito como *"intitulamentos" das mulheres*. [...] Em consequência, as circunstâncias que influenciam essas percepções (como, por exemplo o potencial das mulheres para auferir uma renda independente, trabalhar fora de casa, receber instrução, possuir bens) são crucialmente importantes para essas divisões. Portanto, a influência de um poder maior e da condição de agente independente das mulheres inclui a *correção das iniquidades* que arruínam a vida e o bem-estar das mulheres em comparação com a situação dos homens. [...] O ganho de poder das mulheres é um dos aspectos centrais no processo de desenvolvimento em muitos países do mundo atual. [...] A condição de agente das mulheres é um dos principais mediadores da mudança econômica e social, e sua determinação e suas consequências relacionam-se estreitamente a muitas das características centrais do processo de desenvolvimento.[65]

Por esse ângulo, a correção de iniquidades e alargamento de capacidades referendam a visão de construção de uma *cidadania ativa* como atributo vital para a coesão social. Essa readequação material conduz à necessária reformulação de políticas públicas penitenciárias sob ótica de gênero que dependerão, por sua vez, do aperfeiçoamento de processo do desenvolvimento com a incumbência de corrigir e aprimorar procedimentos que reverberam no tratamento penitenciário e gestão prisional, dado que "não se pode falar de controle social em sede de neoliberalismo sem necessariamente abordar o tema dos direitos humanos ante a condição abstrata de sujeitos de direitos nunca efetivados".[66]

Por conseguinte, sob a dimensão de desenvolvimento socioinstitucional, torna-se preciso que as instituições penitenciárias saiam da feição da arquitetura da vigilância na qual, infelizmente, assiste-se à prestação do *desserviço prisional*. Superar esse estado de coisas demanda a reformulação dos padrões de gestão penitenciária dentro da visão finalística voltada ao desenvolvimento humano numa perspectiva crítica e inclusiva, dentro da qual se desenvolvam políticas de

[65] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 233-247.

[66] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 288-289.

desenvolvimento como estratégias de justiça social, reconhecendo haver um débito social dado pela distribuição seletiva e diferencial de oportunidades.

Para dar alcance tangível a esta mudança de sistema, destaca-se a essencialidade de se promover avaliações não apenas no aspecto organizacional-funcional das instituições, mas dos impactos dos arranjos institucionais nos resultados das políticas públicas.[67] Nesse ínterim, o delineamento de uma estratégia integral e integradora lastreada em um compromisso cívico depende inexoravelmente da inclusão dos atores-chave ao fomento de projetos que consolidem os interesses comuns como formas de constituir uma gestão sistêmica e uma cultura empreendedora e cívica da cidadania, a partir do desenvolvimento de técnicas de construção de consenso.[68]

Destaca-se, por essa via, que um procedimento avaliatório mais focado na possibilidade de correções do processo decisório pela *oitiva dos atores diretos*, especialmente congregando um plexo informacional dado pelos retratos das beneficiárias, no presente caso, as mulheres presas, torna-se instrumento fidedigno para retirá-las da posição de *outsiders* do desenvolvimento da agenda de processos e projetos. Com isso, por meio de estudos com esse foco, busca-se agregar sensibilidade social e institucional nas finalidades avaliatórias com grau de melhoria da capacidade institucional – *state capabilities*.[69]

Em síntese, suplantar o modelo Estado penal depende de duas ordens de fatores codependentes: a internalização de formas de planejamento democrático para enfrentar ostracismo social face à monetização da vida e desumanização dos espaços sociais,[70] e o resgate da noção comunidade. Esse movimento, por sua vez, implica um processo no qual a regulação caminhe com uma *estratégia de conhecimento-emancipação* face a qual é criada uma rede intersubjetiva de reciprocidades, dado que é por meio do conhecimento-emancipação que se possibilita "um processo incessante de criação de sujeitos capazes de reciprocidade".[71]

---

67 DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. *In*: HEIDEMANN Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento*: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009. p. 99-132.

68 ESTEVE, Josep M. Pascual. *Governança democrática*: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009. p. 67-80.

69 DRAIBE, Sônia Maria. Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. *In*: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant (Org.). *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEEPUC/SP, 2001.

70 DIAS, Daniela Maria dos Santos. O planejamento democrático como forma de enfrentamento da exclusão social. *III Semana Acadêmica de Direito – Dilemas do Estado Democrático de Direito*, Escola Superior da Amazônia, Belém, 2020.

71 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A transição paradigmática*: da regulação à emancipação. Coimbra: Oficina do CES, 1991. p. 13.

Assim, um processo de ampliação de liberdades substanciais tem de ser considerado conjuntamente com o aspecto da ampliação real de oportunidades, incluída no ponto a possibilidade concreta de participar da discussão pública e dos processos de tomada de decisão, no preciso sentido de que a "discussão pública crítica é um requisito inescapavelmente importante da boa política pública".[72]

Considerações finais

O presente trabalho buscou fazer uma reflexão sobre o direito ao trabalho no ambiente prisional a partir de dados empíricos – com foco na visão das mulheres encarceradas na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser, localizada no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia.

A partir dos dados levantados, reforça-se a necessidade de estudos empíricos sistemáticos, especialmente com foco na questão de gênero e desenvolvimento socioinstitucional ancorado em formas de ação pública corretivas e comprometidas com a justiça social.

Neste processo, as políticas públicas penitenciárias, especialmente as políticas de trabalho, aparecem como instrumentos jurídicos de fomento ao desenvolvimento de estratégias para superar as desigualdades de oportunidades e resultados.

Sob esse matiz, o direito ao desenvolvimento deve ser observado, em seus meios e fins, como um processo de expansão da liberdade substancial e eletiva, isto é, como faceta de ampliação da cidadania ativa e de inclusão social, especialmente se direcionada à população de prisionalizados.

Como resultados, evidencia-se a necessidade do estabelecimento de políticas públicas penitenciárias com foco na restituição da liberdade qualificada à pessoa presa como forma de quebrar os ciclos de violência e criminalidade.

Referências

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre e a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr./jun. 1993.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social – Por un concepto crítico de reintegración social del condenado. *In*: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

[72] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle. p. 153-154.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, 2010.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRANDT, Vinicius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Infopen Mulheres* – Levantamento de Informação Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Infopen Mulheres* – Levantamento de Informação Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Painel Iterativo. 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Relatório Temático sobre mulheres privadas de liberdade*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Modelo de Gestão para a Política Prisional*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: https://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Acesso em: 27 maio 2019.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo – FEUSP, São Paulo, 2005.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

CHIES, Luiz Antônio Bogo; VARELA, Adriana Batista. A ambiguidade do trabalho prisional num contexto de encarceramento feminino: o círculo vicioso da exclusão. *SER Social*, Brasília, v. 11, n. 24, p. 10-33, jan./jun. 2009. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SERSocial/article/view/12744. Acesso em: 29 out. 2020.

COELHO, Saulo Pinto. Desarrollo humano crítico-inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho. *In*: MOYANO; COELHO; MAYOS (Org.). *Posdisciplinariedad y desarrollo humano*: entre pensamiento y política. 1. ed. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 41-63.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, v. 43, n. 6, p. 1241-1299, 1991.

DIAS, Daniela Maria dos Santos. O planejamento democrático como forma de enfrentamento da exclusão social. *III Semana Acadêmica de Direito – Dilemas do Estado Democrático de Direito*, Escola Superior da Amazônia, Belém, 2020.

DRAIBE, Sônia Maria. Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. *In*: BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre; CARVALHO, Maria do Carmo Brant (Org.). *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais*. São Paulo: IEEPUC/SP, 2001.

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. *In*: HEIDEMANN Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento*: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: UnB, 2009. p. 99-132.

ESTEVE, Josep M. Pascual. *Governança democrática*: construção do desenvolvimento das cidades. Belo Horizonte: Fundação Astrojildo Pereira/UFJF, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 17, n. 67, p. 53-54, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La supuesta función resocializadora del derecho penal*. Estudios Penales. Barcelona: Bosch, 1984.

GOMES, Deborah F. C.; MIRANDA, Bartira Macedo de. A emergência dos direitos fundamentais: parâmetros para transposição democrática no direito de execução penal. *Humanidades & Inovação*, v. 7, p. 32-52, 2020. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3819. Acesso em: 10 jan. 2021.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*: do que se oculta(va) ao que se declara. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

HOWES NETO, Guilherme. Políticas públicas: dos conceitos à sua impossibilidade na gramática do capital. *Perspectivas em Políticas Públicas*, n. 26, p. 293-319, maio/ago. 2020. Disponível em: https://revista.uemg.br/index.php/revistappp/article/view/3470. Acesso: 12 nov. 2020.

LEAL, Jackson da Silva. Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena. *Seminário Encarceramento em massa no neoliberalismo e trabalho prisional: Resgatando economia política da pena*, Universidade Católica de Pernambuco, 2020.

NAVARRO, Urenda. Direitos humanos e a questão de gênero na América Latina. *Webinário I Diálogo Latino Americano Sobre Direitos Humanos e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc*, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Transformando nosso mundo*: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Brasília, 2016.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Cebrap – Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Guia do marco conceitual da convivência e segurança cidadã*. 2. ed. Brasília: PNUD, Conviva, 2016.

RESENDE, Carolina Costa; RIBEIRO, Luiz Paulo. Breve ensaio sobre o conceito de vulnerabilidade social: exclusão social, trabalho, democracia e empoderamento. *Percurso Acadêmico*, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, p. 378-400, jul./dez. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A transição paradigmática*: da regulação à emancipação. Coimbra: Oficina do CES, 1991.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Edição do Kindle.

SOUZA, Jessé. (Sub)cidadania e naturalização da desigualdade: um estudo sobre o imaginário social na modernidade periférica. *Política & Trabalho – Revista de Ciências Sociais*, n. 22, p. 67-96, 2005.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

TAVARES, Juarez. *Parecer consultivo*. Dispõe a pedido do coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) do funcionamento do sistema prisional brasileiro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília, 7 abr. 2015.

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. *In*: BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 11-42.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Coleção Pensamento Criminológico.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CERVINI, Raul. *Direito criminal I*. Coordenação de José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Deborah Ferreira Cordeiro; MIRANDA, Bartira Macedo de. Desenvolvendo liberdades no sistema prisional: possibilidades e potencialidades das políticas de trabalho para as mulheres privadas de liberdade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 405-437, jul./dez. 2023.

O ACESSO À JUSTIÇA EM FACE DO VIÉS JUDICIAL

ACCESS TO JUSTICE FACING THE JUDICIAL BIAS

Suzy Sousa

Doutoranda em Ciências: Desenvolvimento Socioambiental e Mestra em Planejamento do Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará. Bacharela em Estatística e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará. *E-mail*: suzysousa@gmail.com.

Armin Mathis

Professor do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará. Doutor em Ciências Políticas pela Universidade Livre de Berl. *E-mail*: armin.mathis@gmail.com.

Paulo Cerqueira dos Santos Junior

Professor da Faculdade de Estatística e do Programa de Pós-Graduação em Matemática e Estatística da Universidade Federal do Pará. Doutor em Estatística pela Universidade Federal de Minas Gerais. *E-mail*: pauloest16@gmail.com.

Resumo: Esta pesquisa objetivou medir empiricamente o viés judicial em ações cujas partes estejam litigando em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, porém caracterizadas por vantagens econômicas de um litigante em relação ao outro. Utilizou-se a abordagem quantitativa, com a criação de um modelo de regressão logística para estimar a probabilidade de a decisão judicial ser favorável ou não. Definiu-se o litigante mais forte: a mineradora Vale, cuja atuação no Pará tem gerado conflitos envolvendo diversos atores, cenário que busca no Poder Judiciário a resolução do impasse. A partir da análise de decisões proferidas por juízes de 1º grau em processos cíveis, verificou-se que a Vale tem maior probabilidade de que a decisão judicial lhe seja favorável, mormente nos municípios onde há projetos de exploração mineral. O viés judicial a favorecer a mineradora demonstra que o desfecho do processo pode ser definido não pela prevalência do melhor direito, mas pela pretensão da parte mais abastada, restando prejudicada a que se encontrava em desvantagem, em dissonância com a pretensão do acesso à ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Viés judicial. Acesso à justiça. Igualdade jurídico-formal. Desigualdade socioeconômica. Vale.

Abstract: This research aimed to empirically measure the judicial bias in lawsuits whose parties are litigating on equal terms in the legal-formal sense, but they are characterized by the economic advantages of one litigant over the other. A quantitative approach was used, with the creation of a logistic regression model to estimate the probability of the judicial decision being favorable or not. The strongest litigant was defined: the mining company Vale, whose performance in Pará has generated conflicts involving several actors, a scenario that seeks in the Judiciary to resolve the impasse. Based on the analysis of judgments handed down by lower court judges in civil cases, it was found that Vale is more likely to have a favorable decision, especially in municipalities where there are mining projects. The judicial bias in favor of the mining company demonstrates that the outcome of the process can be defined not by the prevalence of the best right, but by the claim of the wealthier party, remaining disadvantaged to the disadvantaged, in dissonance with the claim of access to the legal system. fair.

Keywords: Judicial bias. Access to justice. Legal-Formal equality. Socioeconomic inequality. Vale.

Sumário: Introdução – **1** Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica – **2** O viés judicial em ações envolvendo a Vale – Conclusões – Referências

Contents: Introduction – **1** Access to justice and access to the legal order – **2** The legal bias in lawsuits involving Vale – Conclusions – References

Introdução

Em um processo judicial, não raras vezes, os litigantes encontram-se em situação de flagrante desigualdade econômica, cultural e social, sobretudo quando uma das partes é uma grande empresa multinacional e a outra é hipossuficiente.[1] Segundo Santos, Marques e Pedroso, em tais condições, os tribunais brasileiros assumiam uma postura mais ativa na defesa dos direitos, uma vez que, para os magistrados, sobretudo os de primeira instância, havia uma desconexão entre igualdade formal e justiça social, promovendo uma constitucionalização do direito ordinário para conceder uma tutela mais efetiva dos direitos.[2]

No plano internacional, tem despontado na literatura um interesse em examinar como o *status* de uma empresa pode afetar o comportamento judicial. Nesse passo, Choi *et al*. examinaram o *status* organizacional, da empresa ou de grupos de negócios, como um potencial determinante do viés judicial. Os autores avaliaram se o sistema judiciário da Coreia do Sul é tendencioso em favor de grandes grupos

[1] MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e o princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

empresariais ou *chaebols*[3] em casos criminais envolvendo apropriação indébita ou violação do dever fiduciário, que são os crimes de colarinho branco mais tipicamente observados na Coreia do Sul. Os autores concluíram que a probabilidade de encarceramento diminui em cerca de dois terços se os indiciados estão associados a grandes grupos empresariais ou grandes empresas. Além disso, nenhum acionista controlador de empresas e membro de grandes grupos empresariais constantes no estudo cumpriu, de fato, os termos da prisão, mesmo após a condenação. Esses dados levaram os pesquisadores a concluir pela existência de um viés judicial determinado pelo *status* da empresa.[4]

Com efeito, estudos que analisam empiricamente o favorecimento de determinado grupo social em detrimento de outro[5] somente ganharam evidência na literatura nacional a partir do *boom* da litigação que emergiu principalmente a partir de 1980, como fruto da preocupação mundial em torno dos direitos humanos, os quais buscaram ampliar o acesso dos segmentos marginalizados da população à justiça.[6]

A judicialização das relações sociais é uma realidade, conforme demonstram os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Em 2017, o Poder Judiciário finalizou o ano com 80,1 milhões de processos em tramitação aguardando alguma

---

3 *Chaebol* são conglomerados empresariais controlados por famílias que dominam a economia da Coreia do Sul. Entre os maiores *chaebol* estão Samsung, LG, Hyundai e Grupo SK. Ver: ALDAG, Ramon J. "chaebol". *Encyclopedia Britannica*, 9 fev. 2016. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/chaebol. Acesso em: 22 maio 2022.

4 CHOI, Hansoo; KANG, Hyung-Goo; KIM, Woojin; LEE, Changmin; PARK, Jongsik. Too big to jail? Company status and judicial bias in an emerging market. *Corporate Governance: An International Review*, v. 24, n. 2, p. 85-104, 2016. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/corg.12142. Acesso em: 11 set. 2023.

5 FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 53-82, jan. 2007. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42428. Acesso em: 28 fev. 2017; LEAL, Thiago de Sousa. *O STF favorece a parte mais fraca?* Análise jurídico-econômica dos litígios entre instituições financeiras e consumidores. 2008. Monografia. (Especialização em Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008; FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, p. 148-169, 2012. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20148. Acesso em: 19 maio 2022; YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Nem Robin Hood, nem King John: testando o viés anti-credor e anti-devedor dos magistrados brasileiros. *Economic Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3666. Acesso em: 16 fev. 2017.

6 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jun. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt. Acesso em: 19 maio 2022.

solução definitiva.[7] Além do mais, observa-se que tais resultados são reflexo direto da Justiça Estadual, que abarcou, naquele ano, quase 80% dos processos pendentes e foi responsável por 69,4% da demanda, com taxa de congestionamento em torno de 70%.[8]

No estado do Pará, o Tribunal de Justiça do Estado (TJPA), considerado de porte médio pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), finalizou o ano de 2017 com 1.060.390 de processos em tramitação, dos quais 275.209 foram casos novos recebidos naquele ano, sendo a taxa de congestionamento no TJPA de 77,5% no mesmo período.[9]

Com razão, o Poder Judiciário, em especial a atuação dos juízes, passa a chamar atenção da academia, tanto pelo volume de ações, como também pelo fato de que aqueles se manifestam sobre questões centrais para a sociedade. Contudo, boa parte das pesquisas brasileiras concentra-se na análise de decisões envolvendo direitos econômicos; somente poucos enveredaram pela análise de decisões judiciais com o fito de medir empiricamente o viés das decisões dos magistrados em matéria de direito privado. Além disso, só recentemente foram realizados estudos que analisam tais decisões em situações cujas partes no processo possuem níveis de poder econômico opostos.[10]

Nesse contexto, o favorecimento a indivíduos ou grupos baseados não na lei, mas na ideologia ou no valor pessoal subjetivo do magistrado – mormente quando se trata de juízes de primeira instância – aumenta o grau de incerteza e o viés nas

---

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

8 A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 19 maio 2022).

9 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

10 FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 53-82, jan. 2007. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42428. Acesso em: 28 fev. 2017; LEAL, Thiago de Sousa. *O STF favorece a parte mais fraca?* Análise jurídico-econômica dos litígios entre instituições financeiras e consumidores. 2008. Monografia. (Especialização em Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008; FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, p. 148-169, 2012. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20148. Acesso em: 19 maio 2022; YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Nem Robin Hood, nem King John: testando o viés anti-credor e anti-devedor dos magistrados brasileiros. *Economic Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3666. Acesso em: 16 fev. 2017.

decisões. Assim, esta pesquisa teve por objetivo medir empiricamente o viés em decisões proferidas por juízes estaduais, em ações cujas partes estão litigando em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, porém caracterizadas por vantagens econômicas de um litigante em relação ao outro.

Não se olvida que a distinção entre viés legal e viés judicial não é fácil de se estabelecer analiticamente, porque a produção da decisão pode ser justificada por razões legais, de forma que é necessário esforço interpretativo adicional para estabelecer se as diferenças observadas empiricamente nas decisões emergem dos julgadores seguindo a lei ou aplicando-a seletivamente.[11] Neste último caso, alguns autores asseveram que os magistrados não são neutros em suas decisões e tendem a ser influenciados por suas próprias convicções ou preferências, ou por preconceitos.[12]

Chamamos de viés legal situações nas quais o próprio legislador estabelece o favorecimento de determinada parte ou situação em detrimento de outra, de maneira que o viés não estaria na decisão judicial *per si*, mas em atos normativos anteriores a esta, originários do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, os quais o magistrado deve ter por base.[13]

Um exemplo do viés legal é o encontrado em ações que versam sobre o direito a tratamento médico-hospitalar e medicamentos. A CF/1988 estabelece em seu art. 6º a saúde como direito social fundamental[14] e, no art. 196, reconhece a saúde como 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. Baseados nos preceitos constitucionais, os juízes tendem a favorecer

[11] VOLKOV, Vadim. Legal and extralegal origins of sentencing disparities: evidence from Russia's criminal courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 13, n. 4, p. 637-665, dez. 2016. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jels.12128. Acesso em: 19 maio 2022.

[12] RAJAGOPAL, Balakrishnan. Pro-Human Rights but Anti-poor? A critical evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 8, n. 3, p. 157-186, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013656. Acesso em: 21 jan. 2019; GAZAL-AYAL, Oren; SULITZEANU-KENAN, Raanan Let my people go: ethnic in-group bias in judicial decisions-evidence from a randomized natural experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, n. 3, p. 403-428, set. 2010. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1740-1461.2010.01183.x. Acesso em: 19 maio 2022 e CHEW, Pat K. Anticipating the Wise Latina Judge. *Denver University Law Review*, v. 91, n. 4, p. 853-868, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1173&context=dlr. Acesso em: 19 maio 2022.

[13] ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, incerteza e Estado de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 79-112, jan. 2006. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42550. Acesso em: 30 jan. 2019.

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

os peticionantes em ações individuais em que os litigantes buscam por serviços médicos e medicamentos.[15]

Dito isto, a presunção de "não viés judicial" é o ponto de partida apropriado para a análise das decisões e pressupõe que todos os magistrados são imparciais em seus julgamentos. Desse modo, quaisquer disparidades empiricamente observadas devem ser explicadas com referência às regras legais e, se a análise revelar vieses que não possam ser convincentemente explicados da maneira mencionada, estes devem ser considerados efeito de fatores extralegais, isto é, viés judicial.[16]

Para os fins desta pesquisa, considerar-se-á viés judicial uma tendência nas decisões proferidas pelos magistrados que não possa ser explicada pelo direito positivo e que possa estar associada à presença de fatores extralegais, como, no caso, o poder econômico das partes.

Para alcançar o objetivo proposto, optou-se por definir o litigante mais forte: a mineradora Vale S.A. O recorte espacial escolhido foi o estado do Pará, onde a atuação da Vale tem gerado múltiplas disputas, haja vista que a instalação das atividades de mineração e siderúrgica, levadas a efeito pela empresa, gera alterações na paisagem natural, mudanças nos territórios, além de alterações nas relações sociais estabelecidas com e entre as comunidades locais, mormente no que diz respeito à perda dos meios de sobrevivência ou de modos de vida destas comunidades.[17] A investigação teve por objeto as decisões judiciais em processos

[15] BIEHL, João. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 77-105, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000200077&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 fev. 2017; BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017; GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014000100031&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017; DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, fev. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 479-489, mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2012000300008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

[16] VOLKOV, Vadim. Legal and extralegal origins of sentencing disparities: evidence from Russia's criminal courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 13, n. 4, p. 637-665, dez. 2016. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jels.12128. Acesso em: 19 maio 2022.

[17] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011; FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. A Vale e o estado: injustiças ambientais e violação de

cíveis cujas partes estejam litigando em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, porém existam vantagens econômicas de um litigante em relação ao outro.

A pesquisa fez uso da abordagem quantitativa, mediante a criação de um modelo de regressão logística binária. Considerando que a variável dependente é dicotômica, tendo apenas dois resultados possíveis e mutuamente exclusivos ($Y = 0$, para "decisão desfavorável" e $Y = 1$, para "decisão favorável"), a utilização da regressão logística permitirá que seus resultados sejam interpretados em termos de probabilidade, isto é, poderá calcular a probabilidade de determinada decisão judicial assumir a condição de procedente ou improcedente, em face de um conjunto de atributos observáveis no processo.[18]

1 Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica

No Estado democrático de direito, a expressão *justiça* é vista sob um viés axiológico, e o simples acesso ao Poder Judiciário é interpretado apenas como uma faceta do acesso à justiça, que passa a significar o acesso a uma ordem de valores fundamentais para a humanidade.[19] O entendimento de acesso à justiça como a garantia de "acesso a uma ordem jurídica justa" conferiu e ressaltou escopos sociais e políticos à jurisdição, a par dos jurídicos.[20] Watanabe, por exemplo, já afirmava:

> A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se

direitos. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 43-55, 2013; INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. O avanço da mineração na floresta nacional de Carajás, Pará versus a conservação do ecossistema de Canga. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 22-42, 2013; DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022.

18 HOSMER, David W.; LEMESHOW, Stanley; STURDIVANT, Rodney X. *Applied logistic regression.* 3. ed. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2013; AGRESTI, Alan. *Categorical data analysis*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, 2002; MONTENEGRO, Santhiago Guedes. *Modelo de regressão logística ordinal em dados categóricos na área de ergonomia experimental*. 2009. 86 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

19 GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014.

20 CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008 e WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

> trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e, sim, o de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.[21]

A partir dessa perspectiva de acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa – e não apenas simples acesso à "máquina" judiciária –, surge a necessidade de prestar uma adequada tutela jurisdicional, isto é, conferir a cada um o mesmo resultado que o direito substancial lhe daria caso suas normas fossem espontaneamente observadas. Por essa premissa, assegura-se a todos que sejam titulares de uma posição jurídica de vantagem, em relação ao direito material, a possibilidade de obter, por meio do devido processo em direito (provido de garantias processuais, como contraditório, ampla defesa, produção de provas, fundamentação das decisões etc.), uma tutela jurídica efetiva, tempestiva e eficaz.[22] O dever do Estado passa a ser, portanto, garantir essa prestação de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, atentando para o resultado da demanda e, também, para as desigualdades entre os litigantes.

Quanto ao significado conceitual da expressão "acesso à justiça", Cappelletti e Garth o consideram de "difícil definição"; contudo, apontam que esta serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: o sistema (1) deve ser igualmente acessível a todos e (2) deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.[23]

Ao analisar as finalidades do sistema jurídico expostas pelos autores, isto é, o acesso ao sistema como o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, verifica-se que o primeiro aspecto constituiu uma tendência que marcou os sistemas jurídicos mais modernos no século XX, na medida em que as Constituições passaram a prever uma série de direitos fundamentais, bem como a própria garantia desses direitos, evidenciando a problemática da inclusão.

Embora o acesso ao sistema jurídico tenha sido progressivamente reconhecido como de suma importância entre os novos direitos individuais e sociais, ainda é difícil falar em efetividade. De acordo com Cappelletti e Garth, há obstáculos a vencer no caminho para alcançar o direito a um acesso efetivo à justiça. Entre os obstáculos, estes autores destacam: (1) o custo do litígio, em geral, das pequenas

---

[21] WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

[22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book*. 370 p.; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014.

[23] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

causas, e do tempo; (2) as diferenças de poder dos litigantes, isto é, a situação econômica, a eficiência para reconhecer ou fazer valer uma demanda ou uma ofensa, os *one shot litigants* contra os *repeat players*, e (3) os problemas especiais dos interesses coletivos ou difusos.[24]

A primeira vantagem diz respeito aos recursos financeiros. Ora, pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas, eis que podem pagar para litigar, além de suportar a demora do processo. Em contrapartida, essa situação não ocorre com os economicamente desfavorecidos. A onerosidade de um processo judicial pode ser alta quando se consideram honorários advocatícios, despesas processuais – incluindo perícias e diligências – e, eventualmente, sucumbência processual. A ausência de recursos econômicos para suportar esses custos pode ser fator determinante para que o lesado ou ameaçado em seu direito abandone a ideia de buscar a prestação jurisdicional, nomeadamente se o litígio versar sobre valor pecuniário pequeno. Nesses casos, o valor gasto com o processo pode superar o próprio valor da controvérsia a ser discutida em juízo.[25]

A falta de recursos também pode gerar dificuldades no emprego da técnica jurídica mais adequada, seja pela falta de advogado, incluindo a pouca quantidade de defensores públicos, seja por obstáculos para produção de provas referentes aos fatos constitutivos do direito alegado. Destarte, os obstáculos econômicos vão além das custas relacionadas aos atos processuais e honorários e podem envolver, por exemplo, óbices geográficos em razão de dificuldades financeiras para locomoção do jurisdicionado ao local da prática dos atos processuais, principalmente em municípios onde não haja representação judiciária, ou para moradores de áreas rurais.[26]

Outra desvantagem se refere à aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Para os autores, muitas pessoas comuns, senão a maior parte, não estão aptas a reconhecer a existência de direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, embora não afete apenas os pobres.[27] Trata-se do plano educacional e de informação apta

[24] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[25] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book*. 370 p.; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014; TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder Judiciário*: reforma e política de acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2018.

[26] AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria pública*. Curitiba: Juruá, 2017.

[27] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

a conferir capacidade jurídica pessoal, a qual vai além dos recursos financeiros, mas envolve também o meio em que se vive e o *status* social.[28] A falta ou insuficiência da capacidade jurídica pessoal contribui para que indivíduos deixem de buscar a tutela de direitos violados em razão do desconhecimento da existência desses direitos ou, ainda, dos meios para tutelá-los jurisdicionalmente quando violados. Tal dificuldade, de igual modo, verifica-se no momento de defender-se em uma ação.[29]

Grandes discrepâncias dentro do próprio processo podem ser geradas em razão da igualdade jurídico-formal e da desigualdade socioeconômica, sobretudo em países de modernidade tardia, incluindo o Brasil, com sua massa de analfabetos e analfabetos funcionais, ausência de educação para a cidadania e distribuição de renda altamente desigual.[30] Estas características contribuem para gerar desproteção aos direitos não somente pelo desconhecimento legal, mas também pela desconfiança no sistema judiciário e em seus operadores, agravada pelo formalismo procedimental que permeia o Judiciário.[31]

Outro ponto a avaliar quanto à (des)vantagem no acesso à justiça, apontada por Cappelletti e Garth, é exposto por um dos estudos considerados clássicos do movimento norte-americano, *Direito e sociedade*, de autoria do professor Marc Galanter, no qual este chama a atenção para a importante distinção entre o que denominou *repeat players* (litigantes habituais) e *one shot litigants* (litigantes ocasionais).[32]

Em sua análise, Galanter contrapôs os litigantes habituais, organizações ou demandantes comerciais com experiência regular no sistema judiciário, capazes de posicioná-los estrategicamente, aos litigantes ocasionais, invariavelmente consumidores individuais com pouca ou nenhuma experiência regular da justiça e dos serviços jurídicos. Nesse cenário, os litigantes ocasionais estão em clara desvantagem, pois lhes falta "competência legal", que é mais do que o mero

[28] MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[29] MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009; SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book*. 370 p.; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014; TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder Judiciário*: reforma e política de acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2018.

[30] MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009; SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book*. 370 p.; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria pública*. Curitiba: Juruá, 2017.

[31] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003; MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça*: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009; GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014; TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder Judiciário*: reforma e política de acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2018.

[32] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

controle dos recursos econômicos; falta-lhes a habilidade de aplicar compreensão estratégica de modo a administrar o sistema judiciário para assegurar vantagens de longo prazo.[33]

Por outro lado, o litigante habitual possui diversas vantagens, entre as quais Galanter destaca: (1) a maior experiência com o direito possibilita-lhe melhor planejamento do litígio; (2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; (3) tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (4) pode dissolver os riscos da demanda por maior número de casos; e (5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.[34]

Não raro se enfrentam em um processo judicial, de um lado, organizações com elevado poder econômico, político e organizacional e informações privilegiadas, e, no outro, pessoas físicas ou jurídicas de escassos recursos econômicos e pouca ou nenhuma capacidade jurídica pessoal. Do ponto de vista da igualdade material, um embate nestas condições pode ser comparado a um duelo entre Davi e Golias.[35]

Dadas as condições expostas, os autores admitem que grandes empresas e organizações estão em vantagem ao litigarem em face de indivíduos (litigantes ocasionais), eis que é mais simples mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, ocorre exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema.[36]

Com base no aporte teórico, partiu-se da hipótese de que o litigante mais forte economicamente, considerado um litigante habitual (*repeat player*), por possuir "melhores armas", utiliza o sistema jurídico em benefício próprio quando em face de litigantes sem os mesmos recursos financeiros e sociais (litigantes eventuais ou *one shot litigants*); portanto, as decisões judiciais tenderiam em se colocar ao lado da parte economicamente superior.

1.1 O litigante mais forte: Vale S.A.

A empresa Vale do Rio Doce foi criada em 1942 por meio do Decreto-Lei nº 4.352/1942, o qual encampou a Companhia Brasileira de Mineração e Siderurgia

[33] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[34] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[35] GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014.

[36] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

S.A. e Itabira de Mineração S.A. Tratava-se de empresa estatal até 1997, ano em que foi privatizada, sendo adquirida pelo preço mínimo de USD 3,338 bilhões, por um consórcio liderado pela Companhia Siderúrgica Nacional.[37]

De acordo com o *Relato Integrado 2022*, divulgado pela própria empresa, a Vale S.A. é uma das principais produtoras mundiais de minério de ferro e de níquel. Dedica-se, ainda, à produção e venda de pelotas de minério de ferro, níquel, cobre, metais do grupo da platina (PGM), ouro, prata e cobalto como subprodutos de níquel e cobre, além de possuir investimentos em negócios de energia elétrica e aço.[38]

A empresa está presente nos cinco continentes, dispondo, para isso, de sistemas de logística que incluem ferrovias, terminais marítimos e portos, integrados às operações de mineração.[39] A Vale gerou um lucro líquido atribuído das operações continuadas no valor de US$16,8 bilhões em 2022.[40]

Com efeito, dentro da Amazônia brasileira, a Vale se constituiu em uma organização econômica importante nos últimos trinta anos, devido à atividade de mineração, diante da sua crescente importância econômica para o país e para a região de estudo.[41] No estado do Pará, a Vale atua principalmente na Região de Carajás, onde estão localizados seus projetos de exploração mineral e onde começa a Estrada de Ferro Carajás (EFC). Essa região abrange 12 municípios, quais sejam Bom Jesus do Tocantins, Brejo Grande do Araguaia, Canaã dos Carajás, Curionópolis, Eldorado do Carajás, Marabá, Palestina do Pará, Parauapebas, Piçarra, São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia e São João do Araguaia.[42]

---

37 DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022.

38 VALE. *Relato integrado 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2022. Disponível em: https://www.vale.com/pt/web/esg/reportes-de-sustentabilidade. Acesso em: 14 set. 2023.

39 VALE. *Relato integrado 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2022. Disponível em: https://www.vale.com/pt/web/esg/reportes-de-sustentabilidade. Acesso em: 14 set. 2023.

40 VALE. *Relato integrado 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2022. Disponível em: https://www.vale.com/pt/web/esg/reportes-de-sustentabilidade. Acesso em: 14 set. 2023.

41 FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. A Vale e o estado: injustiças ambientais e violação de direitos. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 43-55, 2013; INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. O avanço da mineração na floresta nacional de Carajás, Pará versus a conservação do ecossistema de Canga. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 22-42, 2013; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011; DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022.

42 DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016.

Conflitos envolvendo a mineradora em razão de sua atuação, não raro, são levados ao Poder Judiciário a fim de obter a resolução do impasse. A Vale reconhece estar envolvida em inúmeras disputas e ações judiciais, incluindo processos cíveis, administrativos, tributários, previdenciários e trabalhistas. No final do ano de 2022, a provisão para litígios da empresa Vale e suas subsidiárias foi no aporte de R$551 milhões.[43] Para processos não provisionados, entre os quais a mineradora destaca as ações civis públicas movidas por associações representativas das comunidades indígenas Kayapó e Xikrin, que buscam a suspensão das licenças ambientais dos empreendimentos de Onça Puma (níquel), Salobo (cobre) e S11D (minério de ferro), todos no Estado do Pará, o passivo contingente no final de 2022 foi de R$6.625 milhões.[44]

De 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2022, a Vale realizou depósitos judiciais tributários, cíveis, trabalhistas e ambientais no montante de R$6.338 milhões, além de contratar R$12 bilhões de garantias para processos judiciais como alternativa aos depósitos judiciais, demonstrando seu grande poderio econômico para enfrentar as batalhas perante os tribunais.[45]

2 O viés judicial em ações envolvendo a Vale

2.1 Processo de obtenção e análise descritiva dos dados

O objeto da presente pesquisa consiste em decisões interlocutórias e sentenças proferidas em ações cíveis por juízes de primeira instância das comarcas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA). O material empírico foi coletado do sítio eletrônico do TJPA, especificamente no *link* disponível para consulta pública.[46]

Considerando que, à época da coleta dos dados, não havia padronização da nomenclatura das partes no momento em que as ações eram cadastradas no sistema, a investigação foi realizada utilizando razões sociais, nome fantasia, nomes abreviados, siglas e combinações de nomes e nomes e siglas, dos quais

239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022.

43 VALE. *Demonstrações financeiras 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2017. Disponível em: https://www.vale.com/pt/comunicados-resultados-apresentacoes-e-relatorios. Acesso em: 14 set. 2023.

44 VALE. *Demonstrações financeiras 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2017. Disponível em: https://www.vale.com/pt/comunicados-resultados-apresentacoes-e-relatorios. Acesso em: 14 set. 2023.

45 VALE. *Demonstrações financeiras 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2017. Disponível em: https://www.vale.com/pt/comunicados-resultados-apresentacoes-e-relatorios. Acesso em: 14 set. 2023.

46 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. *Consulta processual*. Belém: TJPA, [2022]. Disponível em: https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true. Acesso em: 19 maio 2022.

foram obtidos resultados para as seguintes buscas: "C V R D – COMPANHIA VALE DO RIO DOCE", "CIA VALE DO RIO DOCE CVRD – CVRD", "COMPANHIA VALE DO RIO DOCE", "COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD", "COMPANHIA VALE DO RIO DOCE CVRD", "COMPANHIA VALE DO RIO DOCE S/A", "COMPANHIA VALE DO RIO DOCE VALE", "VALE S.A", "VALE S/A", "VALE S/A – UNIDADE OPERACIONAL ONCA PUMA" e "VALE.S.A".

Foram encontrados 477 (quatrocentos e setenta e sete) processos envolvendo a Vale, tramitando em 1º grau nas diversas varas do estado do Pará. A maioria (97%) está concentrada nas comarcas do interior. A decisão mais antiga data de 19.10.2004 e a mais recente foi proferida em 10.5.2018. No entanto, o período do ajuizamento das ações variou entre outubro de 1993 e outubro de 2016.

A fase seguinte consistiu em leitura e análise das informações processuais disponíveis no sítio eletrônico para cada um dos processos identificados, a fim de selecionar aqueles que comporiam o estudo.

Quanto aos litigantes, foram selecionados casos em que a Vale S.A., considerada a parte mais forte da relação processual, litiga contra pessoa física, grupo de pessoas físicas, associação, cooperativa, microempreendedor individual (MEI), microempresa (ME) ou pequena empresa (PE), consideradas a parte mais fraca (hipossuficiente).

Foram excluídas as ações em que a Vale litiga em face da Fazenda Pública, bem como os casos em que o Estado constitua uma das partes do processo. Desse modo, não entraram na amostra processos nos quais são parte o Estado, os municípios, as prefeituras e as autarquias. Também foram excluídas ações em que o Ministério Público seja parte. De forma mais específica, nenhuma ação cujo conteúdo refira-se à dívida pública, execução fiscal ou tributária, bem como demandas propostas pelo Ministério Público, foram incluídas no estudo. Tais exclusões se justificam em razão de esses litigantes poderem ser classificados como *repeat players* (litigantes habituais).

Ato contínuo, foram detidamente analisadas as decisões liminares e as sentenças proferidas nas ações selecionadas, com o intuito de identificar o deferimento ou indeferimento de pedidos liminares e a procedência ou não dos pedidos, bem como estabelecer a parte beneficiada pelas decisões. As petições concedidas, seja total ou parcialmente, foram consideradas decisão favorável à parte que as requereu.

Quanto ao teor das decisões, foram excluídos os processos cujas sentenças foram terminativas com extinção do feito sem resolução do mérito, incluindo aquelas em que a Vale foi declarada parte ilegítima para figurar na ação, além de sentenças homologatórias de acordo. Estas exclusões justificam-se em virtude de que, nessas situações, o juiz não decide se assiste razão ou não à pretensão levada à Corte. De igual modo, foram excluídos os processos e/ou as decisões

judiciais que versavam sobre matéria meramente processual, pois não analisam o direito material envolvido na lide.

Destacamos que um mesmo processo pode conter mais de uma decisão judicial; por exemplo, o mesmo processo pode trazer uma decisão liminar e uma sentença. Nesses casos, ambas foram analisadas e incluídas no banco de dados a depender do seu teor. Desse modo, chegou-se a um total de 164 (cento e sessenta e quatro) decisões judiciais que satisfizeram as condições propostas para formar o estudo.

A partir da leitura das decisões, foram selecionadas informações referentes a cada processo. Estas informações foram transformadas em variáveis conforme critérios de localidade, datas, litigantes, pedidos e decisões. As variáveis, por sua vez, foram classificadas em categorias mediante critérios jurídicos e de conveniência. Dessa feita, as variáveis analisadas foram as seguintes:

1) Comarca: foram encontradas decisões em processos que tramitam nas seguintes comarcas: Parauapebas, Canaã dos Carajás, Marabá, Belém, Curionópolis, Xinguara, Castanhal, Moju, Eldorado do Carajás, Ourilândia do Norte e Paragominas. Verificou-se também se existe diferença estatisticamente significante na decisão judicial em razão da comarca onde este tramita.
2) Assunto: o assunto principal sobre qual versa a ação foi classificado nas seguintes categorias:
   a) ação possessória: ações nas quais se discute a posse de bens imóveis, incluindo ações de manutenção, reintegração de posse e interditos proibitórios. Também foram incluídas nessa categoria as ações de usucapião que, embora não possuam natureza possessória, haja vista não estarem fundadas na posse, mas na propriedade, pois visam à convalidação da posse em propriedade (adquirida no plano do direito material com a posse *ad usucapionem*), trazem similitude com as primeiras em razão do objeto em discussão, qual seja, bens imóveis, mais propriamente, a terra. Por essa razão, para os fins deste estudo, optou-se por incluir ações possessórias e ações de usucapião na mesma categoria, ressalvando que a opção do nome "ação possessória" se deu por conveniência e não se refere à natureza jurídica destas ações;
   b) ação indenizatória: ações que versam sobre indenização, ressarcimento ou reparação de danos morais e/ou materiais;
   c) ação de obrigação de fazer: nessa categoria foram incluídas as ações de obrigação de fazer e não fazer, cumprimento de contrato, exibição de documentos e tutela inibitória;
   d) ação de cobrança: foram alocadas nesta categoria ação de cobrança, ação monitória e ação de execução de título executivo extrajudicial.

A análise de diferentes tipos de ação, embora relacionadas ao ramo do direito civil, é importante para evitar que o resultado seja afetado por um possível viés legal nas decisões, pois, já que se trata de normas distintas aplicáveis aos casos, qualquer possível viés encontrado no estudo não poderá ser atribuído a um viés normativo.

3) Tipo de decisão: utilizou-se a seguinte distinção para análise das decisões:
   a) liminar: nesta categoria, foram incluídas as decisões judiciais proferidas em sede de cognição sumária, antes da decisão definitiva (sentença), seja sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, seja sob a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015. Assim, fazem parte desta categoria tutelas cautelares, tutela antecipada de urgência, tutela de evidência, tutela de urgência incidente, enfim, todas as medidas cautelares, de natureza conservativa, ou os provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais, em parte ou no todo, do direito disputado;
   b) sentença: é a decisão por meio da qual o juiz, após cognição exauriente, regula definitivamente a questão discutida, pondo fim à fase cognitiva no procedimento comum.
4) Posição da parte hipossuficiente: analisou-se se há diferença nas decisões quando a parte mais fraca economicamente é autora ou ré na ação.
5) Litigante contrário à Vale: para fins de análise, o litigante contrário à Vale, isto é, a parte considerada mais fraca no processo foi categorizada em:
   a) pessoa(s) física(s), incluindo pessoas identificadas ou não identificadas;
   b) sociedade empresária;
   c) sociedade civil sem fins lucrativos.

A maioria das decisões analisadas foi proferida em ações que tramitam em comarcas localizadas na Região de Carajás, onde estão localizados projetos de exploração mineral e onde começa a EFC, quais sejam, Parauapebas, Canaã dos Carajás e Marabá, conforme demonstrado na Tabela 1.

Tabela 1 – Decisões judiciais analisadas, distribuídas de acordo com a comarca na qual tramita a ação

Comarca	Quantidade	Percentual
Parauapebas	46	28,0
Canaã dos Carajás	44	26,8
Marabá	33	20,1
Belém	13	7,9
Curionópolis	12	7,3
Xinguara	4	2,4
Castanhal	3	1,8
Moju	3	1,8
Eldorado do Carajás	2	1,2
Ourilândia do Norte	2	1,2
Paragominas	2	1,2
Total	164	100,0

Fonte: Sítio eletrônico do TJPA. Elaboração própria.

Em relação ao assunto principal sobre o qual versa a ação, 50% das decisões analisadas foram proferidas em ações possessórias, conforme demonstrado na Tabela 2.

Tabela 2 – Decisões judiciais analisadas, distribuídas de acordo com o assunto

Assunto	Quantidade	Percentual
Ação possessória	82	50,0
Ação indenizatória	53	32,3
Ação de obrigação de fazer	11	6,7
Ação de cobrança	10	6,1
Tutela inibitória	8	4,9
Total	164	100,0

Fonte: Sítio eletrônico do TJPA. Elaboração própria.

Quanto aos litigantes envolvidos, em 75% das ações, o polo adverso à Vale é uma ou mais pessoas físicas, identificadas ou não, conforme se verifica na Tabela 3.

Tabela 3 – Decisões judiciais analisadas, distribuídas de acordo com o polo mais fraco

Polo contrário à Vale	Quantidade	Percentual
Pessoa(s) física(s)	123	75,0
Sociedade empresária	21	12,8
Sociedade civil sem fins lucrativos	18	11,0
Cooperativa	2	1,2
Total	164	100,0

Fonte: Sítio eletrônico do TJPA. Elaboração própria.

Ao analisar o pronunciamento dos juízes locais, verificou-se que 69,5% (114) foram decisões favoráveis à Vale S.A. e 30,5% (50) foram decisões desfavoráveis a essa empresa. O teste qui-quadrado realizado ($\chi^2 = 24{,}976$; p-valor < 0,00) demonstrou que existe diferença estatisticamente significante entre as proporções de decisões favoráveis e desfavoráveis à mineradora, em um nível de significância de 5%. Em outras palavras, a frequência observada de decisões favoráveis à empresa diverge da frequência esperada.

Na comarca com maior número de decisões analisadas, qual seja, Parauapebas, 80,4% das decisões foram benéficas à Vale. Nas comarcas de Belém, Moju e Paragominas, a maioria das decisões foram desfavoráveis, conforme se pode verificar na Tabela 4, na qual constam o quantitativo e a proporção de decisões favoráveis à Vale nas ações judiciais analisadas, distribuídas de acordo com a comarca onde tramita o processo.

Tabela 4 – Resultado das decisões favoráveis à Vale nas ações judiciais analisadas, distribuídas de acordo com a comarca onde tramita o processo

Comarca	A decisão foi favorável à Vale?		Total
	Não	Sim	
Belém	8 (61,5%)	5 (38,5%)	13 (100,0%)
Canaã dos Carajás	14 (31,8%)	30 (68,2%)	44 (100,0%)
Castanhal	0	3 (100,0%)	3 (100,0%)
Curionópolis	3 (25,0%)	9 (75,0%)	12 (100,0%)
Eldorado do Carajás	0	2 (100,0%)	2 (100,0%)
Marabá	10 (30,3%)	23 (69,7%)	33 (100,0%)
Moju	3 (100,0%)	0	3 (100,0%)
Ourilândia do Norte	0	2 (100,0%)	2 (100,0%)
Paragominas	2 (100,0%)	0	2 (100,0%)
Parauapebas	9 (19,6%)	37 (80,4%)	46 (100,0%)
Xinguara	1 (25,0%)	3 (75,0%)	4 (100,0%)

Fonte: Sítio eletrônico do TJPA. Elaboração própria.

No que concerne ao assunto ou ao pedido principal, nas ações possessórias, 75,9% das decisões foram em favor da Vale S.A. Nas ações de cobrança, por sua vez, 50% das decisões foram favoráveis. O teste qui-quadrado realizado demonstrou, no entanto, não haver correlação entre as variáveis, isto é, o resultado da decisão, favorável ou desfavorável à Vale, independe do assunto, em um nível de significância de 5% (Tabela 5).

Tabela 5 – Resultado favorável à Vale nas decisões judiciais analisadas, distribuídas de acordo com o assunto

Assunto	A decisão foi favorável à Vale?		Total
	Não	Sim	
Ação possessória	20 (24,1%)	63 (75,9%)	83 (100,0%)
Ação indenizatória	17 (32,1%)	36 (67,9%)	53 (100,0%)
Ação de obrigação de fazer	8 (44,4%)	10 (55,6%)	18 (100,0%)
Ação de cobrança	5 (50,0%)	5 (50,0%)	10 (100,0%)

Teste $\chi 2$: p-valor = 0,164

Fonte: Sítio eletrônico do TJPA. Elaboração própria.

Os resultados obtidos também captaram a existência de viés judicial a favorecer a Vale. Do conjunto de decisões analisadas, 69,5% (114) foram decisões favoráveis à Vale S.A. e 30,5% (50) foram decisões desfavoráveis a essa empresa, com diferença estatisticamente significante entre essas proporções (p-valor < 0,00), em um nível de confiança de 5%.

2.2 O modelo de regressão logística e a estimação de probabilidades

Para identificar a existência de viés nas decisões judiciais em litígios envolvendo a grande empresa mineradora, construiu-se um modelo de regressão logística binária a fim de verificar a probabilidade de a decisão de um juiz local ser favorável ao litigante com maior poder econômico – a empresa Vale – quando esta litiga contra uma parte economicamente inferior.

A variável dependente do modelo foi a seguinte:

• A decisão do magistrado foi a favor da empresa Vale?

Y = 0, para “não”

Y = 1, para “sim”

A princípio, todas as variáveis foram incluídas como dependentes no modelo. Estas variáveis são qualitativas e as categorias foram descritas em 2.1. Para as variáveis qualitativas com mais de duas categorias, foram criadas variáveis *dummy*.

Também foram incluídos como variáveis preditoras ou dependentes no modelo índices de desigualdade social por município, calculados a partir de dados do Censo Brasileiro de 2010.[47] Trata-se de variáveis numéricas, descritas a seguir:

a) Índice de Gini: mede o grau de desigualdade entre indivíduos segundo a renda domiciliar *per capita*. Varia de 0 (zero), cenário de total igualdade, a 1 (um), cenário de total desigualdade;
b) Índice de Theil L: mede a desigualdade entre indivíduos segundo a renda domiciliar *per capita*, excluídos aqueles com renda *per capita* nula. É nulo quando a desigualdade de renda for inexistente e tende ao infinito quando a desigualdade tender ao máximo;
c) Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M): medida do grau de desenvolvimento humano de um município, considerando as mesmas dimensões do IDH global – saúde, educação e renda;
d) Índice de Desenvolvimento Humano Municipal – Educação (IDH-M Educação): composição de indicadores de escolaridade da população adulta e de fluxo escolar da população jovem.

A Tabela 6 mostra os indicadores incluídos no modelo para cada um dos municípios que compõem o estudo.[48]

Tabela 6 – Indicadores de desigualdade social distribuídos de acordo com o município

Espacialidades	Índice de Theil – L	Índice de Gini	IDHM	IDHM Educação
Belém	0,69	0,6284	0,746	0,673
Canaã dos Carajás	0,55	0,5686	0,673	0,569
Castanhal	0,53	0,5555	0,673	0,582
Curionópolis	0,54	0,5527	0,636	0,536
Eldorado do Carajás	0,56	0,5800	0,56	0,405
Marabá	0,61	0,5978	0,668	0,564
Moju	0,69	0,6325	0,547	0,375
Ourilândia do Norte	0,55	0,5812	0,624	0,467
Paragominas	0,67	0,6151	0,645	0,514
Parauapebas	0,52	0,5452	0,715	0,644
Xinguara	0,53	0,5722	0,646	0,503

Fonte: PNUD (2013). Elaboração própria.

A inclusão destas variáveis justifica-se pela importância de avaliar a existência de associação entre a desigualdade social em dado município e a subversão da justiça por grandes empresas.

Selecionadas as variáveis, testou-se quais entre elas são realmente significativas para o modelo. O processo de seleção das variáveis envolveu teste de

[47] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil); FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal Brasileiro*. Brasília: PNUD; Ipea; FJP, 2013. Série Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013.

[48] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil); FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal Brasileiro*. Brasília: PNUD; Ipea; FJP, 2013. Série Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013.

hipóteses estatísticas, para determinar quais variáveis independentes no modelo estão significantemente relacionadas com a variável resposta.

Testou-se, primeiramente, um modelo com todas as variáveis, momento no qual verificou-se a existência de multicolinearidade (alta correlação) entre a variável IDH-M Educação e o IDH-M (Fator de Inflação da Variância – VIF 65,490 e 63,221), razão pela qual se exclui a variável IDH-M Educação. Optou-se por excluir esta porque o IDH-M contém a dimensão do IDH-M Educação.

Feita essa exclusão, não foi observada a existência de multicolinearidade entre as variáveis ou a presença de *outliers*, sendo satisfeitas, portanto, as condições para a construção do modelo de regressão logística binária.

A escolha das variáveis preditoras foi feita utilizando o método *stepwise* de seleção *forward*. A utilização desse método permite que as variáveis sejam incluídas uma a uma ao modelo até que uma futura adição não melhore o ajuste ou até a última variável ser adicionada.

O modelo que apresentou melhor ajuste foi o que continha o "tipo de decisão" e o "índice de Gini" como variáveis preditoras, com uma taxa de acerto de 75%. Para ajuste do modelo, o resultado do teste de Hosmer e Lemeshow demonstrou não haver diferença estatisticamente significante entre os valores reais ou observados e estimados das variáveis dependentes pela regressão logística ($\chi 2 = 7{,}694$, p-valor = 0,360).[49]

Quanto aos coeficientes das variáveis independentes, utilizou-se o teste Wald, um mecanismo equivalente ao teste t, para verificar se cada parâmetro estimado é válido sob o ponto de vista estatístico. Os resultados obtidos, conforme se observa na Tabela 7, demonstram que as variáveis "tipo de decisão" e "Gini" podem ser aproveitadas na composição do modelo, uma vez que se pode afirmar que cada uma delas exerce efeito sobre a probabilidade de uma decisão ser favorável ao litigante considerado mais forte no estudo, a um nível de significância de 5%.

[49] Um bom ajuste é indicado por um valor de qui-quadrado estatisticamente não significante.

Tabela 7 – Variáveis da equação

	B	Wald	Sig.	Exp(B)	95% Intervalo de confiança Exp(B)	
					Inferior	Superior
Tipo de decisão (1)	1,011	7,652	0,006	2,749	1,343	5,628
Gini	-21,311	10,493	0,001	0,000	0,000	0,000
Constant	12,496	10,776	0,001	267250,575		

Fonte: Elaboração própria.

As variáveis e os coeficientes acima permitiram calcular a probabilidade de o provimento jurisdicional ser favorável à empresa Vale em cada uma das comarcas que compõem o estudo, dado o tipo de decisão proferida (Tabela 8).

Tabela 8 – Probabilidade de um provimento jurisdicional ser favorável à empresa Vale, distribuído de acordo com a comarca onde tramita o processo e o tipo de decisão proferida

Comarca	Gini	Probabilidade	
		Liminar	Sentença
Moju	0,6325	50,30%	27,19%
Belém	0,6284	52,49%	28,96%
Paragominas	0,6151	59,47%	35,12%
Marabá	0,5978	67,97%	43,92%
Ourilândia do Norte	0,5812	75,15%	52,74%
Eldorado do Carajás	0,5800	75,63%	53,38%
Xinguara	0,5722	78,56%	57,49%
Canaã dos Carajás	0,5686	79,83%	59,35%
Castanhal	0,5555	83,96%	65,88%
Curionópolis	0,5527	84,75%	67,21%
Parauapebas	0,5452	86,70%	70,64%

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que, nos municípios com maior desigualdade social, existe uma probabilidade menor de que a decisão, sobretudo a sentença, seja favorável à Vale. A relação inversa entre o índice de desigualdade no município e a chance de a decisão judicial favorecer a empresa, corroborado pelo coeficiente negativo para a variável "Gini", no contexto dessa pesquisa, aproxima-se dos estudos que afirmam que os juízes brasileiros possuem comportamento não neutro, tendendo a favorecer a parte mais fraca em ações judiciais como uma forma de realizar justiça

social e de redistribuição de renda. No entanto, seria necessária uma análise mais profunda, com a inclusão de outras variáveis, para investigar essa hipótese.

Entendemos, ainda, que esse achado, *per si*, não é suficiente para afirmar que em municípios com menor desigualdade de renda haveria uma maior equidade de "armas" entre os litigantes e, portanto, uma diminuição do viés judicial a favorecer a empresa mineradora. Com efeito, verifica-se que todos os municípios analisados são altamente desiguais no que diz respeito à renda da população. Mesmo a localidade que apresentou menor índice de Gini (Parauapebas, Gini = 0,5452) possui distribuição de renda mais desigual que a média do estado do Pará (0,508) e a média nacional (0,518).[50]

Ao analisar os resultados obtidos, foi possível observar que, em municípios com forte atuação da Vale por meio de projetos de exploração mineral e por onde passa a EFC, a probabilidade de as decisões judiciais serem em favor da empresa mineradora alcança altos índices, chegando a 86,70% de chance de sucesso da empresa quando as decisões se dão em caráter liminar, e 70,64% em sentenças no município de Parauapebas.

É possível verificar, ainda, que quando se trata de provimento liminar, portanto, tomado em cognição sumária, a chance de a decisão beneficiar o litigante mais forte é o dobro das chances de a decisão lhe ser favorável em sentenças (*Odds ratio* ≈ 2). As comarcas de Ourilândia do Norte, Eldorado do Carajás, Xinguara, Canaã dos Carajás, Castanhal, Curionópolis e Parauapebas são as que possuem as mais altas probabilidades de proferirem decisões liminares benéficas à Vale, em detrimento do litigante mais fraco, demonstrando um grande viés do Poder Judiciário em favor do litigante com maior poder econômico nesses municípios.

Contudo, há um declínio nesse viés quando se trata de sentenças, embora as probabilidades de decisões favoráveis à empresa mineradora permaneçam altas na maioria dos municípios.

Conclusões

Não raramente, os conflitos de interesses envolvendo a exploração mineral antagonizam polos opostos. Por um lado, exploradores de recursos, hábeis em utilizar justificativas legais para usufruir ao máximo as riquezas encontradas no subsolo, a exemplo da Vale, grande empresa que conta com a concessão de direitos

[50] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tabela 7435*: Índice de Gini do rendimento domiciliar per capita, a preços médios do ano. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/7435#resultado. Acesso em: 21 jun. 2023.

fornecida pelo Estado, com respaldo legal para ocupar áreas e deslocar famílias sob a égide da lei ou pelas consequências da degradação ambiental causada pela atividade minerária. No extremo oposto, moradores das áreas mineradas, cuja presença da atividade exploradora não melhora – em alguns casos, até prejudica – suas condições socioeconômicas.

Ao serem levados à apreciação do Judiciário, vários fatores podem contribuir para o desfecho do conflito, desde a influência política exercida pela empresa, passando pela cooptação de lideranças locais, até convicções dos próprios julgadores. Não obstante a existência de outras variáveis, mensuráveis ou não, a influenciar o resultado do processo judicial, a presente pesquisa teve por foco medir empiricamente o viés judicial em ações cujas partes estejam litigando em igualdade de condições no sentido jurídico-formal, porém caracterizadas por vantagens econômicas de um litigante em relação ao outro.

Ao calcular a possibilidade de um provimento jurisdicional ser favorável à Vale em cada uma das comarcas que compõem o estudo, foi possível verificar as altas probabilidades que a mineradora possui em obter um provimento favorável, mormente nos municípios onde há projetos de exploração mineral e por onde passa a EFC, como Parauapebas, Curionópolis, Canaã dos Carajás, Eldorado do Carajás e Marabá.[51]

Na comarca de Canaã dos Carajás, município diretamente afetado pela implantação do Projeto Ferro Carajás S11D, considerado o maior projeto de minério de ferro da história da empresa e da indústria da mineração, a probabilidade de a Vale obter uma decisão judicial favorável é de quase 80% em se tratando de liminar e se aproxima de 60% em sentenças. Em Parauapebas, município afetado pela EFC e onde se localiza o terminal de armazenamento que recebe o concentrado de cobre das minas de Sossego e Salobo, a probabilidade de uma decisão judicial beneficiar a mineradora é ainda maior, chegando a 86,70% de chance de sucesso quando as decisões se dão em caráter liminar e 70,64% em sentenças.

As decisões judiciais que compuseram a pesquisa se deram em ações nas quais subsiste, dentro do processo, uma simetria entre autor e réu, predominando

[51] DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022; VALE. *Relatório de Sustentabilidade 2016*. Rio de Janeiro: Vale, 2017. Disponível em: http://www.vale.com/PT/investors/Annual-reports/Sustainability-reports/Paginas/default.aspx. Acesso em: 30 abr. 2017; SANTOS, Renata Franco; SANTOS, Weverton John Pinheiro; MONTEIRO, Elideth Pacheco; NASCIMENTO, Juliana Cristina Silva. A pesca artesanal no nordeste paraense, município de Viseu – Pará. *ActaFish*, v. 6, n. 1, p. 35-43, 2018. Disponível em: https://seer.ufs.br/index.php/ActaFish/article/view/7432. Acesso em: 19 maio 2022.

a ideia de isonomia entre as partes e a paridade de armas. Impera nessas decisões a premissa da igualdade de condições no sentido jurídico-formal, isto é, igualdade ante o ordenamento jurídico. Contudo, existe uma nítida superioridade da empresa de mineração em relação ao litigante contrário. Esses achados reforçam a discussão teórica segundo a qual o processo judicial costuma esconder o modelo frequentemente irreal no qual duas ou mais partes em igualdade de condições enfrentam-se perante as cortes.

Com efeito, na busca pela prestação jurisdicional, a Vale possui diversas vantagens, segundo os conceitos de Cappelletti e Garth. A primeira destas vantagens é, sem dúvida, a superioridade econômica. A mineradora possui recursos financeiros consideráveis a serem utilizados em ações judiciais, o que a coloca em um ponto de partida obviamente vantajoso ao propor ou defender demandas.

Incursões à parte, as desigualdades entre os polos processuais impedem o acesso pleno à justiça, pois as vantagens econômicas colocam a Vale em um ponto de partida vantajoso em um embate judicial quando enfrenta pessoas físicas ou jurídicas detentoras de insignificantes recursos econômicos e informações, quando comparadas àquela grande corporação. O desfecho do processo, nesses casos, pode ser definido não pela prevalência do melhor direito, mas pela pretensão da parte mais abastada, restando prejudicada a que se encontrava em desvantagem, em total dissonância com a pretensão do acesso à ordem jurídica justa.

Referências

AGRESTI, Alan. *Categorical data analysis*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, 2002.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria pública*. Curitiba: Juruá, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, incerteza e Estado de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 79-112, jan. 2006. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42550. Acesso em: 30 jan. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jun. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt. Acesso em: 19 maio 2022.

BIEHL, João. Patient-citizen-consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 77-105, ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000200077&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 fev. 2017.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHEW, Pat K. Anticipating the Wise Latina Judge. *Denver University Law Review*, v. 91, n. 4, p. 853-868, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1173&context=dlr. Acesso em: 19 maio 2022.

CHOI, Hansoo; KANG, Hyung-Goo; KIM, Woojin; LEE, Changmin; PARK, Jongsik. Too big to jail? Company status and judicial bias in an emerging market. *Corporate Governance: An International Review*, v. 24, n. 2, p. 85-104, 2016. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/corg.12142. Acesso em: 11 set. 2023.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

DIAS, Priscila Tamara Menezes. *Movimentos sociais em área de mineração na Amazônia brasileira*: ressonâncias e dissensos na proposição de um modelo de desenvolvimento alternativo. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência do Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7788. Acesso em: 19 maio 2022.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, fev. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 479-489, mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2012000300008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. A Vale e o estado: injustiças ambientais e violação de direitos. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 43-55, 2013.

FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, p. 148-169, 2012. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%20148. Acesso em: 19 maio 2022.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 53-82, jan. 2007. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42428. Acesso em: 28 fev. 2017.

GAZAL-AYAL, Oren; SULITZEANU-KENAN, Raanan. Let my people go: ethnic in-group bias in judicial decisions-evidence from a randomized natural experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, n. 3, p. 403-428, set. 2010. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1740-1461.2010.01183.x. Acesso em: 19 maio 2022.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em: http://www.scielo.

br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014000100031&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas*. Curitiba: Juruá, 2014.

HOSMER, David W.; LEMESHOW, Stanley; STURDIVANT, Rodney X. *Applied logistic regression.* 3. ed. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tabela 7435*: Índice de Gini do rendimento domiciliar per capita, a preços médios do ano. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/7435#resultado. Acesso em: 21 jun. 2023.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. O avanço da mineração na floresta nacional de Carajás, Pará versus a conservação do ecossistema de Canga. *Revista Não Vale: duplicação do lucro privado e dos impactos coletivos*, Açailândia, n. 2, p. 22-42, 2013.

LEAL, Thiago de Sousa. *O STF favorece a parte mais fraca?* Análise jurídico-econômica dos litígios entre instituições financeiras e consumidores. 2008. Monografia. (Especialização em Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça*: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MONTENEGRO, Santhiago Guedes. *Modelo de regressão logística ordinal em dados categóricos na área de ergonomia experimental*. 2009. 86 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e o princípio da igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil); FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Índice de Desenvolvimento Humano Municipal Brasileiro*. Brasília: PNUD; Ipea; FJP, 2013. Série Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Pro-Human Rights but Anti-poor? A critical evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 8, n. 3, p. 157-186, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013656. Acesso em: 21 jan. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Spread bancário e enforcement contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 111-133, mar. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbe/a/z7FXkZKMz6cvRHCc3pNFdPq/?lang=pt. Acesso em: 31 maio 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Renata Franco; SANTOS, Weverton John Pinheiro; MONTEIRO, Elideth Pacheco; NASCIMENTO, Juliana Cristina Silva. A pesca artesanal no nordeste paraense, município de Viseu – Pará. *ActaFish*,

v. 6, n. 1, p. 35-43, 2018. Disponível em: https://seer.ufs.br/index.php/ActaFish/article/view/7432. Acesso em: 19 maio 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013. *E-book*. 370 p.

TAVARES, Luiz Claudio Assis. *Poder Judiciário*: reforma e política de acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. *Consulta processual*. Belém: TJPA, [2022]. Disponível em: https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true. Acesso em: 19 maio 2022.

VALE. *Demonstrações financeiras 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2017. Disponível em: https://www.vale.com/pt/comunicados-resultados-apresentacoes-e-relatorios. Acesso em: 14 set. 2023.

VALE. *Relato integrado 2022*. Rio de Janeiro: Vale, 2022. Disponível em: https://www.vale.com/pt/web/esg/reportes-de-sustentabilidade. Acesso em: 14 set. 2023.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 fev. 2017.

VOLKOV, Vadim. Legal and extralegal origins of sentencing disparities: evidence from Russia's criminal courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 13, n. 4, p. 637-665, dez. 2016. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jels.12128. Acesso em: 19 maio 2022.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Nem Robin Hood, nem King John: testando o viés anti-credor e anti-devedor dos magistrados brasileiros. *Economic Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 1-21, 2016. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3666. Acesso em: 16 fev. 2017.

ALDAG, Ramon J. "chaebol". *Encyclopedia Britannica*, 9 fev. 2016. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/chaebol. Acesso em: 22 maio 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUSA, Suzy; MATHIS, Armin; SANTOS JUNIOR, Paulo Cerqueira dos. O acesso à justiça em face do viés judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 439-466, jul./dez. 2023.

LIBERDADE RELIGIOSA DE AGENTES PÚBLICOS EM EVENTOS OFICIAIS E O DEVER DE NEUTRALIDADE

THE RELIGIOUS LIBERTY OF PUBLIC SERVANTS IN OFFICIAL EVENTS AND THE DUTY OF NEUTRALITY

Luiz Antônio Freitas de Almeida

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas e Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário de Campo Grande/MS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor e Diretor Pedagógico da Escola de Direito do Ministério Público. Promotor de Justiça em Mato Grosso do Sul. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul – IDAMS e da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente – Abrampa. *E-mail*: lafalmeida12@gmail.com.

Resumo: A liberdade religiosa é um direito humano e fundamental de notável importância, inclusive porque foi um dos primeiros direitos a ser reconhecido nas constituições liberais. No entanto, há uma dificuldade adicional na sua aplicação quando o titular do direito é um agente público, em função da laicidade e do dever de neutralidade: haveria uma proibição absoluta de o agente público expressar sua liberdade religiosa em eventos oficiais? O presente artigo, após sustentar que o dever de neutralidade é um princípio jurídico, identifica um conflito normativo entre a liberdade religiosa do agente público e a liberdade religiosa dos demais e o princípio da neutralidade, cuja resolução deve pautar-se pelo teste de proporcionalidade. A principal conclusão é que, observadas algumas condições, é possível o exercício da liberdade religiosa também por agentes públicos em eventos oficiais.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Neutralidade. Agentes públicos. Restrições. Proporcionalidade.

Abstract: Religious liberty is a fundamental human and civil right of remarkable importance, and it was also one of the first rights to be recognized in liberal constitutions. However, there is one additional difficulty in its application when the right holder is a public servant, because of the secular State and the duty of neutrality: should there be a total ban of religion expressions by the public servant in official events? This paper, after expressing its point of view that the duty of neutrality is a legal principle, identifies a normative conflict between the public servant's religious liberty against the same right of the other citizens and the duty of neutrality, solution to which is offered by the proportionality test. The main conclusion is that, if some conditions are respected, the exercise of the freedom of religion by a public servant is also possible in official events.

Keywords: Religious liberty. Neutrality. Public servants. Limitations. Proportionality.

Sumário: Introdução – **I** Síntese histórica – **II** Liberdade religiosa – **III** Secularismo, laicidade e neutralidade – **IV** O exercício da liberdade religiosa por agentes públicos e suas restrições – Considerações finais – Referências

Summary: Introduction – **I** Historical synthesis – **II** Religious liberty – **III** Secularism, "laicidade" and neutrality – **IV** The exercise of religious liberty by public servants and its limitations – Final considerations – References

Introdução

A Constituição Federal prevê, no art. 5º, VI, as liberdades de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e suas liturgias. Resguarda, na forma legal, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII), bem como coíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, a não ser que a escusa seja usada para eximir-se de obrigação legal imposta de modo geral e não se queira cumprir a prestação alternativa estabelecida em lei (art. 5º, VII).

Sem embargo, a Constituição também contempla uma cláusula de neutralidade, ao proibir aos entes federados o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, a sua subvenção ou o embaraço ao seu funcionamento. Também se veda a manutenção de relações de dependência ou aliança com ofícios religiosos ou com os seus representantes, ressalvadas as permissões legais de colaboração de interesse público (art. 19, I).

Como se acomodam essas normas constitucionais? Há um impedimento absoluto, imposto pela neutralidade ou imparcialidade religiosa, ao exercício da dimensão externa da liberdade religiosa por agentes públicos em eventos de caráter oficial?

A questão é relevante porque, se a resposta for positiva, automaticamente se vedaria toda e qualquer menção a qualquer divindade em eventos oficiais ou de caráter público, por menor que seja. Logo, estariam proibidas práticas não incomuns no cenário brasileiro. Pode-se mencionar, por exemplo, a organização de orações em prédios públicos, ainda que de caráter ecumênico e fora do horário de expediente, agradecimentos ou menção a Deus ou a qualquer outra divindade em cerimônias de colação de grau de universidades públicas ou em discursos dados em cerimônia de posse em cargos ou mandatos públicos, a identificação de parlamentares com títulos ligados a denominações religiosas, entre outras situações similares.[1]

[1] Um caso concreto de grande repercussão midiática, o qual foi o gatilho para a pesquisa e reflexão mais aprofundada apresentada neste texto, foi o de um agente público que, durante audiência pública para divulgar e promover um projeto de combate à evasão escolar, ao final do evento, após ter proferido palestra de mais de uma hora, pediu licença aos presentes para fazer uma oração, recebendo o consentimento da maioria, o que levantou o debate na imprensa sobre a quebra do dever de laicidade do Estado. Sobre o episódio em si, este autor teceu algumas rápidas impressões em ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Por um Estado laico e por uma sociedade tolerante. *Campograndenews*, Campo Grande, 30 maio 2017. Disponível em: https://www.campograndenews.com.br/artigos/por-um-estado-laico-e-por-uma-sociedade-tolerante. Acesso em: 27 nov. 2023, oportunidade em que se posicionou em relação a que, nessa condição fática, uma rápida oração ao final do evento não representou nenhum ato ilícito. O primeiro texto foi referido indiretamente por STRECK, Lenio Luiz. O que o procurador pastor tem a ver com a desmoralização do Direito? *Consultor*

O reverso da medalha não é menos tormentoso: aventada a possibilidade de aceitar o exercício da liberdade religiosa, passa a ser cogente examinar quais as restrições admissíveis, a fim de que se proteja a liberdade religiosa dissonante dos demais indivíduos.

Para tanto, deve-se perscrutar qual o alcance de possuir um direito fundamental à liberdade religiosa e, na sequência, observar o contexto de laicidade incorporado no Brasil. Logo, por meio do método dedutivo, com análise dos textos normativos e doutrinários do direito e de decisões judiciais relevantes ligadas ao tema, procurar-se-ão gizar os contornos da liberdade religiosa e esquadrinhar como acomodar seu exercício de forma proporcional. Como marco teórico geral, acompanham-se autores, como Robert Alexy e David Duarte, que sustentam que os direitos fundamentais são em grande parte positivados como princípios jurídicos e que, por isso, apresentam uma apetência conflituosa, que deverá ser solucionada pela ponderação, devidamente estruturada pela norma da proporcionalidade.

I Síntese histórica

A liberdade religiosa, indubitavelmente, foi uma das primeiras aspirações morais a ser positivada como direito fundamental nas constituições liberais.[2]

Deveras, mesmo nas chamadas repúblicas da Antiguidade, não havia o conceito de direitos fundamentais: a "liberdade dos antigos" era conformada e limitada à participação coletiva nas decisões concernentes ao exercício do poder político.[3]

Por consequência, o poder político e o religioso eram manifestações intrínsecas da potestade; o monismo variava entre uma concepção teocêntrica, com predomínio do vetor religioso, e uma concepção cesarista, com predomínio do vetor político.[4] Não é debalde que Rousseau salientava que as guerras políticas eram, simultaneamente, guerras teológicas, uma vez que, diante da confusão entre as

Jurídico, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-01/senso-incomum-procurador-pastor-ver-desmoralizacao-direito/. Acesso em: 27 nov. 2023, ocasião em que o jurista sustentou a violação ao dever de laicidade e uma indevida moralização do direito. A opinião de Streck foi considerada em ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Quando falar de Deus passou a ser pecado jurídico? *Jus Navigandi*, 9 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58369/quando-falar-de-deus-passou-a-ser-pecado-juridico. Acesso em: 27 nov. 2023, porém houve a manutenção do posicionamento anterior.

2 DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2008. p. 245; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 6. reimpr. Tradução de Franciso Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2009. p. 164 e ss.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 301.

3 CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985. p. 1-7.

4 WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 267 e ss.

leis estatais e as divinas, só pela conquista bélica haveria a ampliação do culto dos deuses do conquistador aos conquistados.[5]

Há que se debitar especialmente ao cristianismo a separação do poder temporal do poder religioso. O dualismo baseava-se na autonomia individual valorizada pela doutrina cristã e no seu reconhecimento de que o que era devido a César não era idêntico ao que era devido a Deus. Ocorre que, durante a Idade Média, essa delimitação dos campos do poder temporal e do poder religioso deixou de ter contornos mais nítidos em razão do teocentrismo advogado pela Igreja católica, com sua pretensão de monopólio da verdade, o que representava uma intolerância com a ideia de pluralismo religioso e, destarte, engendrou o contexto de perseguições religiosas e de barbaridades praticadas durante a Inquisição.[6] Porém, paulatinamente, o poder secular foi autoafirmando-se, com prevalência da autoridade régia (regalismo) ante a da Igreja.[7]

A Reforma Protestante propicia o início de conflitos religiosos na Europa, o que gerou aspirações políticas e morais de maior tolerância; paralelamente, o advento do Estado Moderno e o reconhecimento do conceito de Estado-Nação e sua soberania desembocam nas primeiras declarações de direitos e constituições de matriz liberal, pelas quais a liberdade religiosa deixa de ser uma utopia[8] para ser positivada como direito fundamental.[9]

---

5 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2011. p. 188 e ss.

6 WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 267 e seguintes.

7 WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 267 e seguintes; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 301-302.

8 Na célebre obra de Moro (MORVS, Thomas. *Vtopia ou a melhor forma de governo*. Tradução de Aires A. Nascimento. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 387 e seguintes), os utopienses gozam de liberdade religiosa, pois podem professar a fé em qualquer divindade sem temer embaraço ou perseguição estatal. Os edifícios religiosos, porém, são desenhados de modo a não se identificarem com nenhuma seita em particular, de sorte que se houver alguma solenidade ou rito particular de alguma delas, deve ser realizado no âmbito doméstico. Porém, a tolerância sacramentada por Utópo não alcançava a crença de que havia finitude da alma com a morte do corpo ou a de que não havia intervenção divina nos acontecimentos do mundo. Os que comungavam desse pensamento, embora não fossem castigados fisicamente, estavam proibidos de expressar publicamente suas crenças e deveriam ser menosprezados e ser tolhidos da oportunidade de ocupar qualquer cargo público. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 302.

9 Um exemplo lapidar é a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, proclamada com a intenção de barrar a perseguição estatal à fé religiosa individual, causa de inúmeras emigrações para a América. O art. 16 consagra o dever de tolerância cristã, de sorte que se garante a todos a liberdade de crer e de praticar cultos, salvo se houver perturbação da paz ou da segurança da sociedade. Outro notório é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previu no art. 10 a liberdade de opinião religiosa e de

A liberdade religiosa encontra guarida em inúmeros textos de direitos humanos.[10] No Brasil, mesmo sob a égide da Constituição Imperial de 1824, a qual desenhou um Estado confessional ao prever o catolicismo como religião oficial do império, com uma mescla entre o poder religioso e temporal – o imperador tinha competência para nomear bispos e devia jurar proteger a fé católica antes de sua aclamação –, não houve, de maneira geral, perseguição a outras denominações religiosas, as quais eram toleradas; de qualquer maneira, a própria Igreja católica não contava com uma liberdade plena justamente pela interferência do imperador em seus assuntos internos.[11]

A separação entre Estado e Igreja no Brasil, com a instituição da laicidade, ocorreu apenas com a instituição da República. Com o Decreto nº 119-A, de 1890, apartam-se Estado e Igreja, o que recebe posterior guarida constitucional na Constituição de 1891 e nas demais que a sucederam, inclusive na Constituição atualmente vigente.[12]

II Liberdade religiosa

A liberdade religiosa é, em realidade, uma expressão qualificada de conjugação das liberdades de consciência e de expressão,[13] no sentido de albergar a faculdade

manifestação, desde que resguardada a ordem pública. Finalmente, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, com a primeira emenda, de 1791, também consagrou a liberdade religiosa e a separação entre Estado e Igreja.

10 Para ilustrar, citam-se o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o art. 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, incorporado ao direito doméstico pelo Decreto Federal nº 592/92, e o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao direito interno pelo Decreto Federal nº 678/92. Em 1981, a Assembleia-Geral das Nações Unidas emite a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, que realça o lastro com a dignidade humana da liberdade religiosa, ao proclamar que ela é um dos elementos fundamentais da concepção de vida de cada um. No âmbito regional, além da Convenção Americana, dignas de nota são a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, art. 9º, e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, art. 8º.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249-250; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 302.

12 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 302-303.

13 ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance. *In*: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 395, que destaca essa relação com a liberdade de opinião; MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 399, o qual aponta o contato com a liberdade de consciência. No mesmo sentido de Miranda, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 299; WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK,

de o indivíduo poder acreditar intimamente naquilo que quiser, bem como de professar as ideias de cunho religioso em que acredita. Assim, a liberdade religiosa está inserida na liberdade de crença, sendo um aspecto particular das várias matérias em que se pode acreditar.

A liberdade religiosa e a liberdade de consciência são direitos diversos, porém, que se inter-relacionam. A liberdade de consciência abrange a possibilidade de ter convicções de natureza não religiosa, o que não está dentro do âmbito de proteção da liberdade religiosa e que confere àquela uma maior amplitude por um aspecto. Porém, a liberdade de consciência é um direito de relevo individual, o que a torna mais restrita por outro prisma se comparado à liberdade religiosa, a qual apresenta também uma projeção social ou coletiva e uma faceta institucional.[14]

A liberdade de crença, por sua vez, por ser mais ampla que a liberdade de religião, permite a formação da convicção em torno de ideias não exclusivamente religiosas – e nesse sentido aproxima-se da liberdade de consciência –, como assuntos morais, políticos, filosóficos, históricos, ideológicos, entre outros. Sem embargo, justamente porque a liberdade de crença protege a faculdade de crer ou não em algo, ela se distingue da liberdade de consciência nesse aspecto, tendo em vista que não se pode negar a consciência ao descrente –[15] ter consciência não é uma escolha, como o é possuir uma crença. De qualquer forma, em termos práticos, o conteúdo de ambos os direitos é praticamente o mesmo, de sorte que a diferença é mais de perspectiva, já que a liberdade de crença termina por derivar da liberdade de consciência.

Quem são os titulares desse direito? No Brasil, a liberdade religiosa é um direito universal, isto é, todas as pessoas são titulares desse direito fundamental. Conquanto o texto constitucional delineie que se asseguram as posições e situações jusfundamentais do art. 5º e incisos aos brasileiros e estrangeiros residentes, a leitura pacífica do Supremo Tribunal Federal é que também os apátridas e estrangeiros não residentes são titulares das liberdades fundamentais.[16]

Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 267; 269. Para Weingartner Neto, a liberdade de consciência seria o "direito-mãe" e funcionaria como ponte entre as liberdades comunicativas e a liberdade religiosa. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 303.

[14] MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 399; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 303.

[15] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 303-304.

[16] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 536 e ss., para quem se remete para checar os precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, a fim de ampliar o conceito de "estrangeiros residentes". Por um vértice diverso, a negar a interpretação extensiva do

Qual o conteúdo do âmbito de proteção do direito da liberdade religiosa,[17] isto é, quais situações, posições ou faculdades esta liberdade confere ao titular em caráter *prima facie*? Adota-se a teoria de Reis Novais, no sentido de que se define seu conteúdo de modo amplo, porém, com a retirada de posições, faculdades e situações que, num juízo de evidência, não poderiam ser por ela tuteladas por serem absurdas ou manifestamente abusivas.

O âmbito de proteção do direito de liberdade religiosa, portanto, engloba a faculdade de ter ou não uma crença religiosa e de externá-la ou não, conforme seu

termo residente, caminham DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70-71, os quais sustentam que a interpretação extensiva terminaria por anular a qualificação dada no texto constitucional. Sem embargo, os juristas lecionam que poderiam os estrangeiros ilegais que efetivamente residam no país ser titulares dos direitos fundamentais do art. 5º, em função de sustentarem o argumento *in dubio pro libertate*. A defender uma interpretação extensiva, em função de que a dignidade humana conclama uma titularidade universal de direitos fundamentais que tenham com ela relação direta, com o apoio do argumento do catálogo materialmente aberto dos direitos fundamentais e da diretriz de respeito aos direitos humanos nas relações do Estado brasileiro, o que permitiria que a titularidade universal derivasse de tratados de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu e incorporou ao direito doméstico, mencionam-se SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 360-363.

17 Pela limitação do espaço, não é possível adentrar com profundidade nos debates e diferentes teses sobre a definição do suporte fático ou âmbito de proteção. Como pincelada geral, a teoria do suporte fático restrito advoga que o âmbito de proteção é definido por algum critério de interpretação, o que permite de partida excluir determinadas posições ou situações da margem de proteção conforme valoração do intérprete; em boa parte das teorias restritas do suporte fático não se entrevê a materialização de conflitos normativos de natureza principiológica, uma vez que o conflito é evitado justamente pela correta interpretação. Esse tipo de teoria é criticado pelos adeptos da teoria do suporte fático amplo, porque termina por camuflar valorações e ponderações realizadas para definir o conteúdo do direito. Em reverso, a teoria do suporte fático amplo, defendida por Alexy, baseia-se na sua definição de modo lato e *prima facie*, de sorte que todas as posições, ações e situações que tenham conexão suportada pelo texto, interpretado de modo amplo, são consideradas protegidas a princípio; esse tipo de teoria é compatível com a possibilidade de conflitos normativos solúveis por ponderação. Os críticos dessa teoria costumam apontar, entre outras setas teóricas, a recorrente necessidade de sopesamento, uma vez que há contínuas materializações de conflitos normativos, inclusive em casos absurdos, como a ideia de que o sacrifício de crianças em ritual religioso seria conduta *prima facie* protegida pela liberdade religiosa. Há teorias intermediárias, como a proposta por Reis Novais, adotada no texto, no sentido de que o âmbito de proteção também é definido amplamente, porém se, por um juízo de evidência, for possível excluir de plano determinada posição, faculdade ou situação do âmbito protegido do direito, far-se-á essa retirada. A proposta tem o mérito de evitar, em casos muito óbvios, a materialização de um conflito normativo solúvel por ponderação e abreviar a complexa etapa de justificação, embora, mesmo aí, tenha de admitir que haverá algum tipo de ponderação que ficará implícita para definir essas faculdades e posições claramente não protegidas. Assim, sempre que houver algum tipo de dúvida, deve-se incluir aquela posição ou situação dentro do conteúdo protegido *prima facie* pelo direito fundamental. A propósito do tema, entre tantos, mencionam-se ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281-332; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129 e seguintes, os quais sustentam uma teoria do suporte fático restrito, definido pela interpretação sistemática do conteúdo do direito – muito embora os autores admitam a possibilidade de conflitos normativos e a utilização da proporcionalidade para sua solução, eles refutam o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto rejeitam o uso da ponderação; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 390-430.

desejo individual,[18] o que representaria uma faceta positiva e negativa da liberdade religiosa. A externalização da crença religiosa não se limita a ambientes privados ou domésticos, porém alcança os espaços públicos e até o proselitismo. A par dessa faceta individual de direito subjetivo, a liberdade religiosa também ostenta uma projeção coletiva, no sentido de permitir que as pessoas se associem ou não em torno de determinada congregação religiosa e, destarte, socializem a profissão de sua fé, o que a põe em contato com o direito de reunião quando se manifesta em agrupamentos feitos em locais públicos.

Da mesma sorte, realça-se em solo pátrio uma faceta institucional da liberdade religiosa, assegurada pela separação entre Estado e igrejas imposta pelo art. 19, I, da Constituição, o que representa, em realidade, o reconhecimento de que pessoas jurídicas ou até grupos despersonalizados, no caso de religiões incipientes, minoritárias e sem uma organização sistêmica, são titulares desse direito fundamental e, portanto, possuem-no como direito subjetivo. Sem dúvida, as confissões religiosas possuem liberdade de auto-organização e autoadministração, são livres de ingerências estatais nos seus assuntos internos, o que alcança os rituais do culto e a definição de seus locais, a doutrina e o seu ensino, inclusive em instituições de instrução de cunho confessional, e a escolha dos sacerdotes e dos símbolos religiosos.[19]

Assume-se uma concepção marcada pela influência da doutrina da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ou seja, a par de ostentar uma vertente de direito subjetivo, o que propicia aos seus titulares invocá-lo perante os tribunais em

[18] ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance. *In*: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 299; MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 399; WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 268 e seguintes; DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2008. p. 246; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais* – Direito estadual II. Tradução de Antônio C. Franco e António Francisco Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008. p. 163 e seguintes; ROSATTI, Horacio. *Tratado de derecho constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2017. t. I. p. 456; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 304.

[19] MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 195; MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 400; WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 268-269; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais* – Direito estadual II. Tradução de António C. Franco e António Francisco Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008. p. 164 e ss.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 304.

caso de sua violação por ação ou omissão, a dimensão objetiva estabelece uma adição à funcionalidade dos direitos fundamentais, pois, como um vetor objetivo de valor reconhecido pelo arcabouço constitucional, a dimensão objetiva: i) impulsiona a criação de normas que lhes deem maior efetividade, ii) atua como bússola aos intérpretes, para que a interpretação das normas infraconstitucionais tenha afinidade com o texto constitucional, iii) permite derivar uma eficácia horizontal para impor obrigações aos particulares e iv) estabelece um dever estatal de proteção contra a ação de terceiros e, eventualmente, até de promoção.[20]

Nesse diapasão, os direitos fundamentais tornam-se realidades multifacetárias, com um conteúdo heterogêneo e complexo, a abrigar posições e situações jurídicas diversas, as quais se correlacionam a deveres estatais de respeito, proteção e promoção, o que implica a extração de deveres negativos e positivos do Estado.[21]

Entrementes, gera-se ao Estado – e a terceiros, nos casos em que se deduzir uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais – o dever de abstenção, um dever de não embaraçar o exercício dessas faculdades. Obviamente, porque a consciência ainda é reduto inalcançável às ações de terceiros – a não ser, talvez, por utilização de drogas ou procedimentos médicos invasivos –, esse dever negativo também se traduz no mandamento de proibição de tratamento discriminatório, sancionador ou coercitivo a qualquer pessoa apenas por possuir ou não alguma convicção religiosa (art. 5º, VIII). Ademais, exsurge o dever positivo de proteger essa liberdade, por meio de criação de normas infraconstitucionais e de instituições e procedimentos.[22]

Sem embargo, nenhum direito é absoluto, de sorte que é preciso que ele se submeta a restrições. As restrições são normas, de origem constitucional ou não, que diminuem o âmbito de proteção do direito fundamental ao excluir determinadas ações ou omissões da salvaguarda normativa; em sentido amplo, incluem-se, por

[20] Sobre a dimensão objetiva, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 166 e ss.; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2014. p. 133 e ss.

[21] A respeito da estrutura complexa e heterogeneidade do conteúdo dos direitos fundamentais, remete-se a ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 142-144; ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa* – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006. v. II. p. 206-209; BARBERIS, Mauro. I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico. *In*: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Org.). *Analisi i Diritto 2005*. Ricerche di giurisprudenza analitica. [s.l.]: [s.n.], 2006. p. 7 e seguintes; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris* – Teoria del diritto e della democrazia. 2. ed. Bari-Roma: Laterza, 2009. v. 2. p. 398-404.

[22] Para exemplificar, o tipo penal do art. 208 do Código Penal estabelece como crime as condutas de escarnecer publicamente de alguém por alguma crença religiosa, perturbar ou impedir culto ou cerimônia de natureza religiosa e vilipendiar de maneira pública objeto ou ato de culto religioso. Pode-se, ainda, mencionar a Lei nº 7.716/89, que tipifica os crimes de discriminação ou preconceito, inclusive religioso. Finalmente, um dever de promoção desse direito já é assegurado, por exemplo, pela própria Constituição ao prever a imunidade tributária de templos no art. 150, VI, "b". Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 304-305.

suposto, as intervenções restritivas, isto é, o comportamento estatal que, de alguma maneira, comprima ou afete desfavoravelmente o âmbito protegido *prima facie* pela norma de direito fundamental.[23] É papel do Legislativo instituir restrições proporcionais por meio de leis, ao passo que o Judiciário pode, ao examinar eventuais conflitos normativos que envolvam direitos fundamentais, deliberar sobre a prevalência ou não de norma de direito fundamental no caso a ele submetido. As restrições e as intervenções restritivas são amparadas na necessidade de harmonização das tensões que soem existir entre os direitos fundamentais entre si e entre eles e os interesses públicos ou coletivos nas situações de regência da vida.

É por isso que, para posicionar-se a respeito do problema trazido na introdução, é necessário avaliar um dos deveres estatais (dever de laicidade, neutralidade ou imparcialidade) correlacionado à liberdade religiosa.

III Secularismo, laicidade e neutralidade

Como se percebe, o texto constitucional não utiliza a expressão "Estado laico" ou laicidade nem secularismo. Haveria diferença entre os conceitos?

Por secularismo, segundo Raquentat Júnior, compreende-se uma mundividência ideológica e filosófica, a qual se espalha como doutrina política ocidental a partir do século XIX, que apregoa a não fundação da moralidade, da educação e do Estado em princípios religiosos. Em busca da modernidade, afasta-se a religião do espaço político para que seja confinada no âmbito do privado; enraíza-se no humanismo e no iluminismo e, como ideologia, serve de lastro para outras correntes políticas e filosóficas, como o liberalismo,[24] republicanismo, positivismo e

[23] Alexy sustenta um conceito de restrição como norma constitucional ou compatível com a constituição (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281 e ss.). Reis Novais (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 192-147), por sua vez, fornece um conceito amplo de restrição, que se subdivide em restrição em sentido estrito e intervenção restritiva.

[24] Uma doutrina de matriz liberal moderna é a defendida por Rawls (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 252-272). Dentro da sua concepção teórica de justiça como equidade, em que se imagina uma situação hipotética de desconhecimento por parte de indivíduos racionais das suas próprias concepções e posições de que desfrutarão na sociedade, Rawls propõe que os indivíduos terminariam por reconhecer, como primeiro princípio de justiça, as liberdades básicas, entre elas as liberdades de pensamento, de crença e de prática religiosa. Por isso, faltaria ao Estado autoridade para legitimar ou não alguma associação religiosa, de sorte que não estaria em sua missão imiscuir-se em doutrinas ou assuntos religiosos, o que realça a liberdade de cada associação religiosa de auto-organização. Logo, o meio de isso se operacionalizar seria por uma atuação imparcial do Estado em relação a questões religiosas, embora não se exija dele indiferença para com a religião ou que simplesmente ela seja tolhida quando em conflito com alguma posição oficial. Assim, qualquer limitação à liberdade religiosa ou à liberdade de consciência só pode ser feita com base em evidências de que será afetada a ordem pública e por meio de argumentos ou razões públicas, ou seja,

socialismo.[25] Destarte, a secularização pauta-se pelo refluxo da religião da centralidade de papel que ela detinha em sociedades mais arcaicas, em razão do avanço da ciência e do progresso tecnológico e da maior urbanização e da industrialização que impactam a sociedade moderna.[26] Como eixo estruturante das ideias secularistas, estão a diferenciação, a racionalização e a "mundanização": a religião é assunto de domínio particular, não coincidente com ou diferente dos demais domínios da vida social, de sorte que, no espaço público, deve-se elevar a identificação do indivíduo com a pátria ou com a nação, isto é, uma identidade cívica; sobressai-se uma visão amparada na razão e não mais apoiada em teorias teológicas ou de fé; a crença no sobrenatural perde espaço e importância na vida social.[27]

Logo, enquanto a secularização é um processo sociocultural mais vasto e que abrange o declínio da centralidade de que a religião gozava em tempos passados em vários aspectos da vida social, Raquentat Júnior defende a tese de que a laicidade é um fenômeno político e jurídico ligado ao nascimento do Estado moderno, cuja legitimidade do exercício do poder não provém de um direito natural ou divino do governante, mas do povo. A desvinculação do Estado da religião representa a assunção de um paradigma de neutralidade e imparcialidade no trato com todas as organizações religiosas, o que significa que elas recebem um tratamento isonômico por parte do Estado, já que este não é confessional e, por suposto,

aceitáveis ou compreensíveis a todos e baseados em idiossincrasias partilháveis por todos, o que significa que não estão amparados em discursos metafísicos, até porque aí haveria o privilégio indevido para uma das cosmovisões em detrimento de outras. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 306.

[25] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 16-19. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020. Ver, ainda, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 198; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310. Para uma diversidade de conceitos de secularismo, inclusive como doutrina constitucional, remete-se a ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013. p. 222.

[26] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 16-17. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

[27] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 17 e ss. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

não pode dar preferência a uma denominação ou doutrina religiosa qualquer.[28] No entanto, é comum que o tema seja tratado como secularismo em países de língua anglo-saxônica e como laicidade em países de línguas neolatinas, segundo Oro.[29]

De qualquer forma, é assente que se deve reconhecer que, em primeiro lugar, se é fato que a laicidade e o secularismo amparam política e juridicamente a cobrança de uma postura estatal mais neutra em matéria religiosa, ou seja, de não preferir nenhuma crença no sagrado em detrimento de outra, é inequívoco que não sejam doutrinas isentas de valor. Nesse sentido, a laicidade e a visão secular permitem a construção de aparatos teóricos e político-jurídicos que acomodam diversas cosmovisões diferentes, o que as conecta com o pluralismo, a diversidade e a maior amplitude para o exercício da liberdade religiosa, justamente por não favorecer uma em particular.[30]

Em segundo, percebe-se que há graus ou intensidades no secularismo e na laicidade, porquanto, a partir deles, é possível que surjam diferentes tipos de relações entre Estados e igrejas.[31]

---

[28] A ideia do parágrafo baseia-se em RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 16-19. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

[29] *Apud* RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 20-21. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020. O conceito de laicidade assim exposto assimila-se ao de secularismo na acepção de "doutrina constitucional" de Zucca (ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013. p. 222), o qual assevera que secularismo pode ser entendido também como uma ideologia, visão de mundo ou atitude científica antagonista à religião. O conceito de laicidade exposto no texto coincide com o de secularismo proposto por KYRITSIS, Dimitrios; TSAKYRAKIS, Stavros. Neutrality in the classroom. *International Journal of Consitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 200-217, 2013. p. 206, os quais retiram a *laicité* francesa como uma das diferentes derivações de secularismo.

[30] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 21. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020; ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013. p. 223-224. A propósito, no caso Lautsi, julgado pela Corte Europeia de Direitos do Homem, um dos fundamentos da maioria que se formou para não determinar a exclusão dos crucifixos das escolas italianas foi justamente que o secularismo não era uma visão neutra, de modo que optar por essa visão em detrimento de outra, que permite a presença de símbolos religiosos nas escolas, falharia no dever de neutralidade, o que foi bastante criticado por Zucca. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

[31] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) –

A relação entre igreja e Estado pode ser construída sem qualquer influência de base secular, como ocorre nos regimes de confusão entre o temporal ou secular e o espiritual, como ilustram os exemplos do Vaticano e da Roma antiga e, no extremo, das teocracias. Por outro lado, uma outra forma de relacionar-se são os regimes cujos Estados adotam uma igreja ou credo religioso oficial, como acontece na Inglaterra e na Dinamarca, embora ali haja ampla liberdade religiosa.[32]

No entanto, em países com maior acento da ideologia secular ou laica, destacam-se basicamente dois grandes modelos:[33] a) regimes em que há separação mais estrita entre Estado e igrejas, como ocorre nos Estados Unidos[34] e na França,[35]

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 20-21. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020; KYRITSIS, Dimitrios; TSAKYRAKIS, Stavros. Neutrality in the classroom. *International Journal of Consitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 200-217, 2013. p. 205 e ss.; ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013. p. 224 e ss.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

32 Sobre as ideias do parágrafo, conferir ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance. *In*: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 396.

33 ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance, p. 396ss; DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2008. p. 254 e seguintes; WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 19, I. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 707 e ss.; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 305-310.

34 Nos Estados Unidos, a primeira emenda trouxe tanto a proibição de o Estado manter ou apoiar qualquer igreja (*establishment clause*) como assegurou a liberdade religiosa (*free exercise clause*). A leitura preponderante do modelo é, na conhecida expressão de Thomas Jefferson, que a Constituição estadunidense estabeleceu um "muro" que separa o religioso do político, como mostra Beatty (BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Reprinted. New York: Oxford University Press, 2010. p. 36 e ss.). Beatty aponta que a interpretação da Suprema Corte das cláusulas é que elas estabelecem diferentes regras, para serem aplicadas a diferentes tipos de questão. Logo, como a abordagem dada pela Corte é mais interpretativista do que pragmática ou consequencialista, aposta-se na distinção categórica e na aplicação dessas regras observando apenas os fins e objetivos da medida legal ou da política ou programa escrutinado, sem avaliar o próprio meio em si e se ele é proporcional. Por isso, se houver no objetivo estatal qualquer finalidade religiosa, por mais benéfico que seja, ele é considerado ilícito independentemente das consequências. Por outro lado, embora a leitura jurídica predominante seja da separação estrita entre as esferas político-jurídicas e religiosa, nota-se que a sociedade americana é fortemente influenciada por doutrinas religiosas, com ampla participação nos debates públicos de associações religiosas (RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 23. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020). Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 308.

35 Na França, a laicidade foi instituída por lei em 1905, que determinou a separação da Igreja e do Estado, com proibição de subvenções regulares a cultos religiosos. A Constituição de 1958 define a República francesa como laica. O Conselho de Estado francês havia reconhecido a possibilidade de alunos portarem símbolos religiosos, desde que, pela sua natureza ou característica própria, não sejam provocativos ou exerçam algum tipo de pressão sobre a consciência alheia; da mesma forma, o Conselho de Estado

nos quais, além da não confessionalidade do Estado e da liberdade religiosa, interdita-se que ele mantenha relações oficiais com qualquer confissão religiosa como regra geral; b) Estados que adotam teoricamente a separação, porém permitem a manutenção de relações de colaboração com as diferentes associações religiosas, cujos exemplos são Brasil, Portugal, Espanha, Alemanha e tantos outros.

Justamente porque a laicidade e o secularismo consolidam-se consoante valores e tradições embebidos no arcabouço jurídico e político, sua extensão denotativa variará conforme a sociedade que os abraça e de acordo com o sistema político-jurídico de cada país. O corolário dessa asserção é que o dever de neutralidade ou imparcialidade, por conseguinte, também variará por essa mesma razão, conforme modelo adotado no sistema político-jurídico e consoante as tradições histórico-culturais partilhadas por cada sociedade.[36]

Tome-se o exemplo de orações em estabelecimentos estatais. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem uma linha de jurisprudência a consubstanciar um dever de neutralidade mais robusto, por exemplo, a sustentar que a primeira emenda proíbe a realização de orações, mesmo que ecumênicas e não obrigatórias, em escolas públicas. Em *Lee v. Weisman*,[37] de 1992, a Suprema Corte repetiu o teste

decidiu que os alunos poderiam expressar suas convicções religiosas, contanto que não fosse de maneira agressiva ao pensamento alheio ou proselitista ou propagandista de seu culto ou atentasse contra a saúde e ordem pública. Porém, em 2004, houve a aprovação de uma lei, que optou por proibir todos os símbolos religiosos ostensivos. Sobre a ideia do parágrafo e as observações críticas de que a legislação atingirá apenas alguns seguimentos religiosos minoritários e de que não terá resultado no sentido de aliviar o fardo dos diretores, remete-se a ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance. *In*: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 396 e seguintes. Não obstante, mesmo a *laicité française* não interdita totalmente qualquer tipo de relação entre Estado e Igreja: em algumas regiões da França, há algumas escolas confessionais cristãs e judaicas que recebem subsídios estatais; na Alsácia, por exemplo, padres e rabinos recebem pagamento pelo Estado; há permissão de ritos religiosos em cemitérios públicos; até mesmo uma missa foi organizada pela República Francesa para homenagear o Ex-Presidente Miterrand (RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 23. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020). Por fim, reconhecendo que agentes públicos também são titulares de direitos fundamentais, embora a pontuar a possibilidade de restrições, menciona-se LEVINET, Michel. *Droits et libertés fondamentaux*. Paris: PUF, 2010. p. 56-59, o qual salienta, dentro do contexto francês de laicidade, o dever de os agentes públicos não efetuarem qualquer tipo de ativismo religioso. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 308-309.

[36] Sobre a reflexão do parágrafo, conferir ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 309.

[37] *Lee et al. v. Weisman*, 505 U.S. 577, de 1992. A Corte, por apertada maioria, reafirmou os precedentes anteriores de tolher orações em escolas públicas. No caso concreto, o pai de uma aluna de escola pública de Providence (Rhode Island), que tinha quatorze anos à época, demandou judicialmente uma ordem para que não fosse realizada qualquer oração ou dada bênção na cerimônia de graduação de sua filha. Não obteve sucesso na primeira instância, de forma que sua filha participou da cerimônia, na qual os atos religiosos ocorreram. A oração, pelo que consta dos fatos analisados, foi dada de maneira ecumênica e não sectária e não era obrigatória, pois era possível ao aluno não participar da colação e, ainda assim,

erigido em *Lemon v. Kurtzman*, no sentido de que a lei, para satisfazer o requisito de validade da *establishment clause*, deveria: i) ter um propósito secular e não religioso, ii) não produzir, como efeito principal, um favorecimento ou uma inibição da religião; iii) não gerar um envolvimento excessivo do governo com a religião.

Situação análoga foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Ao revés do jaez do acórdão do seu congênere estadunidense, no caso conhecido como "oração na escola",[38] o Tribunal entendeu que orações curtas e ecumênicas e voluntárias, sem privilegiar um credo específico, não ofendiam a liberdade religiosa dos ateus ou de credos diversos, a não ser que o caso concreto revelasse que haveria, de fato, algum tipo de discriminação ou constrangimento endereçado a quem não participasse da oração.

receber seu diploma posteriormente. Para a Corte, o mero fato de estar no local já representa uma forma de coerção ou pressão, mesmo que sutil, à liberdade de quem não crê ou discorda do ato religioso. Outrossim, a maioria considerou decisivo o maior risco de que crianças e adolescentes, em razão da idade, sejam influenciados pelo ato religioso, o que não ocorreria por exemplo caso se estivesse em um ambiente adulto e donde se pudesse sair sem precisar dar maiores explicações. Nesse sentido, os votos da linha majoritária sustentaram o *distinguishing* do caso *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, que não proibiu a prática tradicional do Parlamento de Nebraska de abrir cada uma de suas sessões com uma oração dada por um capelão pago com recursos públicos. Também considerou que, diante do tipo de evento (cerimônia de colação), que é muito tradicional, não havia uma alternativa realmente aceitável a quem se opusesse ao ato religioso. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 312.

[38] *BVerfGE* 52, 223, de 1979. A versão em inglês do acórdão encontra-se em BRÖHMER, Jürgen; SPITZKATZ (Ed.). *60 Years German Basic Law*: The German Constitution and its Court Landmark decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights. 2. ed. Ampang (Malaysia): The Malaysian Current Law Journal, 2012. p. 287 e seguintes. O Tribunal Constitucional decidiu em conjunto duas reclamações constitucionais: i) no primeiro caso, após petição dirigida ao diretor da escola rural em um distrito de Hesse, ele determinou a não realização de orações nas salas de aula da prole dos pais requerentes, o que foi desafiado judicialmente por outros pais. O Tribunal Constitucional Federal reverteu a decisão do Tribunal Constitucional de Hesse, que mantinha proibida a realização de orações nas escolas, em razão de que essa prática ofenderia a liberdade negativa das crianças e dos pais que com ela dissentissem, mesmo que elas fossem voluntárias; ii) manteve a decisão da Superior Corte Administrativa, que decidiu que não consubstanciava violação à liberdade religiosa e de consciência dos discentes e pais a realização de orações voluntárias. As orações haviam sido proscritas em ato administrativo após petição de pais de alunos e a Corte Administrativa reformou a decisão. O Tribunal Constitucional, após lembrar precedente de 1975, que reconheceu a constitucionalidade de manutenção por Estados federados germânicos de escolas públicas confessionais interdenominacionais, frisou que era competência discricionária de cada Estado conceber a programação escolar, ou seja, poderia o Estado formatar o calendário e a programação escolar contendo ou não orações na jornada escolar. Logo, não haveria direito subjetivo à realização de orações. Caso o Estado estipulasse a prática de orações, elas deveriam não violar a faceta negativa da liberdade religiosa, de forma que a participação deve ser voluntária e não imposta, vedados quaisquer tipos de pressão ou discriminação a quem opte por não participar. Também acentuou que a oração em si não poderia favorecer um credo específico. Finalmente, a Corte salientou que o art. 4º da Constituição alemã, que estabelece o direito de liberdade de consciência e de crença, deve ser interpretado de sorte a reconhecer um direito de poder expressar sua fé em público, bem como asseverou que liberdade religiosa, tanto a negativa como a positiva, pode ser restringida por medida legal ou provocar colisões entre si que demandarão apreciação judicial para verificar qual prepondera. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 312-313.

O art. 19, I, da Constituição Federal preconiza a relação de separação entre Estado e confissões religiosas, embora permita ações de colaboração em persecução do interesse público. Logo, o Estado brasileiro não é confessional, porém também não é antirreligioso: o próprio preâmbulo remete à proteção de Deus e, a par de consagrar a liberdade religiosa, permite ações colaborativas estatais com diferentes igrejas para o atendimento de um interesse coletivo.

Outrossim, em relação ao contexto social e cultural brasileiro, as tradições de matriz cristã são historicamente respeitadas ou cultuadas pela maioria da sociedade brasileira, como é de senso comum. Basta verificar inúmeros feriados oficiais de origem religiosa, além de alguns entes federados (alguns municípios e estados) serem denominados com o nome de santos cristãos.

Portanto, é de rejeitar-se uma versão mais extrema de secularismo/laicidade: o laicismo, de verniz antirreligioso, que almeja expurgar da arena pública qualquer debate de temas ou considerados de natureza religiosa ou com base em opiniões religiosas. O sistema de cooperação é compatível com a participação das associações religiosas nos debates públicos e a liberdade fundamental de religião assegura a ostentação da sua crença em locais públicos.[39]

Contudo, mesmo que esse ponto seja aceito, ele não responde categoricamente o problema levantado na introdução: saber se e em que extensão agentes públicos podem ou não expressar sua crença em eventos públicos oficiais. Para tanto, avança-se para o próximo tópico.

IV O exercício da liberdade religiosa por agentes públicos e suas restrições

Acertada a premissa da universalidade do direito de liberdade religiosa, é imperioso concluir que também os agentes públicos são titulares dessa liberdade, a qual, como visto, pode e deve ser objeto de restrição por iniciativa do Legislativo, proibido o excesso de intervenção. A liberdade religiosa também pode sofrer algum tipo de intervenção restritiva caso haja colisão com outras normas que protejam direitos fundamentais ou bens ou interesses coletivos.

A expressão da religiosidade por agente público em eventos oficiais interfere na liberdade religiosa de terceiros? Com a adoção de um suporte fático amplo, porém com a retirada de posições, faculdades e situações que, num juízo de evidência, são claramente exageradas, entende-se que sim. Afinal, a liberdade religiosa

[39] ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 309-310.

compreende em seu conteúdo a faculdade de crer ou não em algo e, assim, também a posição de não estar sujeito a proselitismo de qualquer espécie, receber ou ter contato com qualquer credo religioso, por menor que seja. Logo, sempre que o agente público, em evento público oficial, manifestar algum tipo de convicção de índole religiosa, potencializará um conflito normativo entre sua liberdade religiosa e a mesma liberdade de terceiros, inclusive por força do dever de neutralidade.[40]

Não obstante, uma tentativa de refutar a constituição do conflito normativo supramencionado estaria em apelar ao dever de neutralidade como uma restrição constitucional categórica ao exercício da liberdade religiosa dos agentes públicos. Com essa interpretação, jamais poderiam ser admitidas manifestações de agentes públicos de sua religiosidade em eventos oficiais, a qual seria matéria integralmente confinada à sua intimidade ou, se em âmbito público, sempre fora do exercício de suas funções. Para examinar a correção dessa possibilidade hermenêutica, que entrevê o dever de neutralidade como uma regra jurídica, deve-se voltar ao art. 19, I, da Constituição Federal.

Conforme já verificado, interditam-se o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, sua subvenção, atos de embaraço de suas liturgias ou a manutenção de relação de dependência ou aliança com credos religiosos ou com seus representantes, permitida a colaboração em prol do interesse público na forma legal. Logo, a interpretação consequente é que o Estado, enquanto instituição política, não pode criar, fundar ou adotar cultos ou igrejas como oficiais nem os apoiar materialmente por algum motivo religioso (eventuais colaborações financeiras em prol do interesse público podem ser possíveis, sem embargo). Também não pode interferir na realização dos eventos religiosos nem travar com as organizações religiosas ou com seus representantes relações de dependência ou de aliança, exceto a colaboração de interesse público.

Portanto, o que deve ser esclarecido é qual a natureza da norma que alberga a laicidade do Estado brasileiro e dispõe sobre o dever de neutralidade: é uma regra ou princípio jurídico?[41]

---

[40] Na reflexão inicial feita em ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Quando falar de Deus passou a ser pecado jurídico? *Jus Navigandi*, 9 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58369/quando-falar-de-deus-passou-a-ser-pecado-juridico. Acesso em: 27 nov. 2023, com base no caso concreto examinado, adotou-se a percepção de que uma curta oração no evento público, que contou com o consentimento da maioria e foi feita sem tom discriminador ou coator, seria uma afetação tão mínima ao conteúdo do direito da liberdade religiosa que sequer poderia ativar um conflito normativo. Logo, houve mudança de entendimento neste aspecto.

[41] A diferença entre regras e princípios é um assunto complexo e demandaria um tratamento minucioso que não é possível neste espaço. Para fins de síntese, assume-se que ambos são normas jurídicas e a diferença entre essas categorias é quantitativa, no sentido de que os princípios possuem condições de aplicação mais indeterminadas que as regras. Considerando que todas as normas de conduta possuem três elementos (previsão ou hipótese, operador deôntico e estatuição), nas regras encontra-se uma determinação do

Em realidade, é preciso compreender que texto e norma não se confundem. De um mesmo enunciado normativo, pode-se extrair por interpretação mais de uma norma.[42] É por isso que a norma que veda a criação ou adoção de uma igreja ou religião oficial tem natureza de regra jurídica. Sem embargo, a norma que trata da não intromissão no funcionamento de organizações religiosas é um princípio jurídico: há um dever de abstenção *prima facie*, porém, eventualmente, será preciso intervir, justamente para resguardar eventuais direitos de terceiros ou bens e interesses coletivos. As demais normas extraíveis desse enunciado, ao que parece, também ostentam natureza de princípios jurídicos.[43]

A consequência disso é que a maior parte das normas extraídas por interpretação do art. 19, I, da Constituição Federal é apta a otimizar sua aplicação e, assim, em conjunto com o direito da liberdade religiosa – que também é um princípio jurídico – dos ateus ou dos que possuem credo religioso diverso, ativar um conflito normativo com a liberdade religiosa do agente público. Portanto, ou há a harmonização dessa tensão por meio de uma norma restritiva editada pelo Legislativo, observada a proibição do excesso por parte do Estado, ou haverá ambiente propício para que as diversas situações da vida ativem conflitos normativos que poderão ser resolvidos

gênero de conduta ou de situação de fato que ativa o elemento condicional da previsão da norma e, logo, da aplicação da regra, o que não ocorre com os princípios. Assim, as regras são comumente aplicadas por subsunção e, em caso de conflitos normativos, sua solução pode ocorrer na esfera da validade da norma jurídica, por meio da aplicação das regras da hierarquia (a superior revoga a inferior), da especialidade (norma especial prevalece sobre a geral) e da norma posterior (a posterior revoga a anterior). Eventualmente, porém, é possível que determinados conflitos normativos que se materializam em casos concretos de aplicação de diferentes regras jurídicas não possam ser sanados pelos critérios da *lex superior*, *lex specialis* e *lex posterior*, de sorte que sua solução demandará uma ponderação e, assim, uma das regras será derrotada sem perda de validade. Já os princípios têm a peculiaridade, por força das condições de aplicação mais indeterminadas, de ativar maior número de conflitos normativos, os quais normalmente são marcados pela falta de resposta do sistema jurídico por meio desses mesmos critérios, a ensejar uma ponderação. Portanto, o modo típico de aplicação de um princípio jurídico é o da ponderação, conquanto não se afaste a possibilidade de aplicação subsuntiva em casos fáceis. Abebera-se, pois, o texto na distinção proposta por David Duarte (DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 138 e ss.; DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. *Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, v. 7, n. 16, p. 37-60, 2012. p. 51 e ss. Disponível em: http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue16/duarte.pdf; DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. *In*: DIAS, Augusto da Silva *et alli* (Org.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 172 e ss.).

[42] Para um aprofundamento da questão, que não é possível aqui, remete-se a AARNIO, Aulis. *Reason and authority*: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Cambridge: Ashgate, 1997. p. 144 e ss.; DUARTE, David. Linguistic objectivity in norm sentences: alternatives on literal meaning. *Ratio Juris*, v. 24, n. 2, p. 112-139, jun. 2011. p. 122-131; DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006. p. 66-68; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 379 e ss.; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules* – Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 89-112.

[43] Ver, em menor extensão, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 310.

pelo Judiciário por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Destarte, mesmo que se queira conformar o dever de neutralidade como mandamento de isonomia e não privilégio da religião ou de qualquer credo específico, ainda assim se trata de um princípio jurídico e não de uma regra.

Outrossim, deve-se ter em mente que não é possível simplesmente reproduzir a concepção de direito administrativo da representação do Estado por seus agentes públicos. Ou seja, é óbvio que o Estado é uma entidade impessoal e não possui *voluntas* própria, de sorte que suas ações serão conduzidas pelos agentes públicos que o (re)presentam nas diversas e respectivas competências. Porém, daí não se dessume que o agente público, por atuar em nome do Estado, fique despojado de seus direitos fundamentais. É logicamente possível preservar a liberdade dos agentes públicos nas suas respectivas esferas de competência e, ainda assim, preservar o princípio da neutralidade, o que ocorrerá sempre que a atuação concreta do agente público não se exceder a ponto de violar a liberdade religiosa de terceiros.

Como já propalado, como não há direitos absolutos, é possível que haja a edição de restrições para preservar direitos fundamentais ou resguardar bens coletivos. Os textos de direitos humanos, em geral, preveem que essa liberdade pode ser restringida legalmente no caso de risco à segurança, à ordem, à saúde ou à moral pública e mesmo para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos demais.[44] Inequivocamente, os direitos fundamentais e os interesses coletivos da magnitude referida são candidatos constitucionalmente válidos para justificar a imposição de restrições.

Sem embargo, desconhece-se algum diploma legal que proíba absolutamente o exercício da liberdade religiosa por agentes públicos em eventos oficiais. A título de ilustração, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o estatuto dos servidores públicos da esfera federal, não traz nenhuma proibição nesse sentido.[45] Logo, nas diversas situações em que os agentes públicos pretenderem manifestar sua religiosidade em eventos oficiais, haverá um conflito normativo que pode ser resolvido por meio do Poder Judiciário.

Como há uma regra que proíbe o estabelecimento de cultos ou igrejas oficiais, fica interditada qualquer atitude estatal teleologicamente destinada a tal empreitada.

---

[44] Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 29, 2), Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião e nas convicções (art. 1º, 3), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 18, 3º); Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 12, 3), Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 9º, 2).

[45] Há uma norma que trata da proibição da manifestação de apreço ou desapreço na repartição (art. 117, V), a qual, porém, entende-se que não se aplica à hipótese, porque se interpreta que ela se refere a apreço ou desapreço a alguém terreno e não metafísico. Do contrário, ela poderá ser mesmo inconstitucional, por violar a liberdade religiosa dos agentes públicos de modo desproporcional, como se conclui pelo restante do texto.

Logo, os eventos oficiais não podem ser formatados e realizados com escopo primário de veneração a qualquer entidade metafísica. Mas os problemas levantados na introdução, como a realização de orações ou outras manifestações religiosas por agentes públicos durante eventos oficiais, não são alcançáveis por essa regra se essas expressões ocorrerem durante eventos que não tenham primariamente objetivo religioso. Logo, a questão a ser resolvida é: em eventos oficiais laicos, pode haver algum espaço para o agente público ou terceiros expressarem sua fé – casos de pequenas orações ou agradecimentos a Deus ou a qualquer outra divindade nesses eventos?

Já foi verificado que há uma colisão entre princípios normativos (liberdade religiosa do agente público ou do orador *versus* liberdade religiosa de descrentes ou sectários de credos diversos do orador e, no caso do agente público, também contra o princípio da neutralidade), a ser mediado pela aplicação da norma da proporcionalidade, mediante seus subtestes:[46] legitimidade do fim e do meio, idoneidade do meio, necessidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito. Atribui-se, na definição da intensidade do controle judicial, etapa anterior analiticamente ao escrutínio pelo teste de proporcionalidade,[47] um alto grau, em função da importância da liberdade religiosa, o que acentua o ônus de argumentação e de prova a cargo do Estado.

Logo, a colisão que se apresenta nessa situação deve tomar por parâmetro a hipótese de exigência a todos os agentes públicos de não expressar, em qualquer

[46] Em razão da vastidão da literatura sobre a estruturação do exame de proporcionalidade e seus testes, citam-se alguns expoentes. Para uma concepção de três subtestes (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), remete-se para ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005. p. 572-577; ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Tradução de David García Pazos. *In*: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 1.509-1.514; BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Tradução de Rodolfo Arango. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, p. 29-56, 2000. p. 38-39. Para uma estruturação quadripartida, apontam-se PAVCNIK, Marijan; LACHMAYER, Friedrich. The principle of proportionality (theses for discussion). *In*: SIECKMANN, Jan-Reinard (Ed.). *Legal Reasoning*: the methods of balancing. Proceedings of the special workshop "Legal Reasoning. The Methods of Balancing" held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010. p. 161-167; SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, p. 73-165, 2008. p. 75-79. A esse respeito, cambiou-se parcialmente a posição adotada em ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação* – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p. 87 e ss., a qual sustentava uma estruturação tripartida; em ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela "ponderada" do direito à saúde*: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 265 e ss., já se posiciona por um exame analítico em quatro estágios.

[47] KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 109-148.

hipótese quando no exercício das suas funções, sua fé. Esse é o meio a ser analisado. O fim está em assegurar a liberdade religiosa destoante dos demais indivíduos.

Obviamente, o fim e o meio são legítimos, porque o meio não está proibido de forma constitucionalmente expressa e o fim mira a ideia de liberdade religiosa e, pois, é uma meta constitucionalmente permitida, o que conclama que se avance aos demais estágios.

O meio, para ser idôneo, deve promover o fim ao menos em um grau mínimo. A adequação do meio é apreensível pela percepção de que uma proibição absoluta nesse sentido promove de fato a liberdade religiosa negativa dos demais, ao não os pôr em contato com religião diversa ou qualquer.

A necessidade do meio pressupõe uma comparação com outras medidas alternativas, abstratamente cogitáveis, menos agressivas ao direito fundamental colidente; para que o meio seja desnecessário, as alternativas devem satisfazer o fim na mesma intensidade que a medida objeto do controle judicial e, ao mesmo tempo, devem afetar em menor grau o direito fundamental colidente. Um candidato a ser comparado é a proibição do exercício da liberdade religiosa de agentes públicos apenas em eventos oficiais de presença obrigatória. Certamente, a permissão do exercício da liberdade religiosa pelo agente público em eventos de presença facultativa é medida menos compressora da liberdade religiosa do agente público, porém seguramente não promove o fim de resguardar a liberdade religiosa dos demais na mesma intensidade, tendo em vista que é possível que o descrente da religião professada pelo agente público fosse surpreendido com essa expressão de religiosidade e, assim, tenha tomado contato com ela a contragosto e sem nenhuma prevenção.

Logo, em sendo o meio legítimo, idôneo e necessário, resta o último teste: a proporcionalidade em sentido estrito, ocasião em que é feito um sopesamento, a fim de verificar se há maior razão de força em fazer prevalecer a liberdade religiosa do agente público ou a liberdade religiosa dos demais que com aquela discordem. Um critério a orientar é a "lei material da ponderação":[48] quanto mais intensa for a afetação de um direito fundamental, maior deve ser a importância da satisfação do princípio colidente que o meio sindicado promove. Uma proibição ampla e irrestrita ao agente público de professar sua fé em eventos oficiais pode ser considerada de média intensidade. Afinal, embora haja uma inegável importância axiológica dessa liberdade fundamental, o que inclinaria a análise para considerar uma afetação

[48] ALEXY, Robert. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, p. 13-64, 2002. p. 32-58; ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparision. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

de severa gravidade, entende-se que a compressão é média, já que a proibição absoluta é limitada ao exercício de sua função.

A intensidade de promoção do fim, isto é, da proteção da liberdade religiosa de terceiros, por sua vez, depende da própria forma de manifestação de fé feita pelo agente público e do ambiente que a circunda. Manifestações de ataque ou desrespeitosas às cosmovisões diversas realçam a força dos argumentos em prol da vedação desse tipo de manifestação da liberdade religiosa em eventos públicos. Por outro lado, a manifestação não oral, por símbolos ou porte de indumentária ligada a alguma fé, é menos invasiva da liberdade dos descrentes que a sua expressão oral.

Obviamente, se a presença ao evento for obrigatória, por certo aumenta a importância da satisfação do fim estatal. A mesma inteligência forma-se se, embora facultativa a presença, as circunstâncias do caso concreto demonstrarem a criação de um ambiente discriminatório ou de coerção, de sorte a intimidar as pessoas a comparecer ao evento ou a acompanhar o orador na expressão religiosa.

Outro ponto que pode ser nodal para a avaliação é o próprio tempo[49] de duração da manifestação religiosa: uma avaliação da proporcionalidade da duração do evento com a da expressão de religiosidade pode ser inevitável. Quanto maior o tempo de exposição à manifestação religiosa, mais força ganham as razões que apoiam a proteção da liberdade religiosa dos descrentes.

Deveras, o sopesamento realizado aponta, em princípio, para que se conclua pela licitude do exercício da liberdade religiosa por agentes públicos em eventos oficiais caso a expressão de sua religiosidade dê-se por símbolos, uso de adereços ligados a alguma denominação religiosa ou mesmo de forma oral, desde que: i) essa manifestação ocorra com urbanidade e respeito à cosmovisão diversa; ii) no caso de expressões orais, seja de duração proporcionalmente pequena ao da duração do evento; iIi) seja exercida sem ambiente discriminatório, intimidador ou coercitivo, o que se assegura pela facultatividade de presença ao evento ou, no mínimo, com a liberação dos presentes para que se retirem do recinto e a garantia de que não sofrerão qualquer tipo de perseguição ou discriminação por agentes do Estado caso assim o façam. Se isso ocorrer, o exercício da liberdade religiosa positiva e externa do agente público em eventos oficiais é constitucional, porque não reprova no exame da proporcionalidade.

Com isso, conclui-se que pequenas orações em solenidades públicas, mormente se forem de caráter ecumênico, sem privilegiar um credo específico, se não forem obrigatórias nos quesitos de participação e presença, são permitidas

[49] SAMPAIO, Jorge Ferreira. Proportionality in its narrow sense and measuring the intensity of restrictions on fundamental rights. *In*: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (Ed.). *Proportionality in law* – An analytical perspective. Cham: Springer, 2018. p. 103-106.

constitucionalmente. O mesmo raciocínio abrange a organização de eventos ecumênicos em repartições públicas, especialmente se forem fora do horário de expediente, bem como a menção ou agradecimento a Deus ou a outra entidade metafísica em cerimônias de posse ou colação de grau.

A forma de ponderar, aliás, encontra paralelo e consonância com alguns precedentes importantes, observadas as devidas reservas de natureza metodológica, sobretudo por ter faltado uma estruturação da argumentação pelas etapas analíticas fornecidas pelo teste de proporcionalidade. Além do caso das orações nas escolas decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, já referido no tópico anterior, podem-se invocar os precedentes do caso do ensino religioso nas escolas públicas, julgado pelo Supremo Tribunal Federal,[50] e do caso Lautsi contra Itália,[51] deliberado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesses casos, fica visível que a laicidade não pode ser usada como pretexto para reescrever a história

[50] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes. O voto vencedor inaugurou divergência do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, o qual votou no sentido de que o ensino religioso em escolas públicas, expressamente previsto na Constituição Federal, não pode ser confessional ou interconfessional. O voto vencedor, porém, salientou, com razão, que o Estado não era antirreligioso e que o ensino de religião sob um viés não confessional configuraria história ou sociologia da religião, mas não ensino religioso. Logo, o ensino religioso confessional ou interconfessional não está proibido constitucionalmente. Outro ponto importante, lembrado no voto do Ministro Gilmar Mendes, é a liberdade de educar seus filhos conforme suas convicções, inclusive religiosas, o que é um direito humano amplamente reconhecido nos textos internacionais. O ponto nevrálgico da decisão, tal como ocorreu no caso das orações nas escolas do Tribunal Constitucional Federal alemão, girou em torno da facultatividade do ensino religioso, fator que, segundo a maioria, respeitaria o dever de neutralidade e a própria laicidade do Estado. Os votos, de modo geral, reconhecem que a liberdade religiosa garante o direito de manifestar sua fé publicamente. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 313-314.

[51] A Corte Europeia, pela Grande Câmara, reverteu decisão anterior da própria Corte dada por uma de suas Câmaras, de modo que decidiu que estava sob margem de apreciação do Estado italiano manter ou não crucifixos nas salas de aula das escolas públicas italianas e permitiu a prática da Itália de mantê-los. A Corte sustenta que a liberdade de crença pode ser exercitada em ambientes públicos ou privados e que os crucifixos não tolhem que outros exercitem ou não fé divergente do modo que quiserem. Para tanto, a Corte fez uma diferenciação entre "símbolos passivos" e "símbolos ativos"; sem embargo, mesmo que a fala pudesse ser configurada como um "símbolo ativo", o restante da fundamentação evidencia que a neutralidade estatal e o caráter laico do Estado não são combustíveis para renegar a influência histórico-cultural que o catolicismo exerceu e exerce na sociedade italiana. O maior fundamento da decisão é que não se pode impor uma religião a quem quer que seja nem tolher as pessoas de discordar de qualquer religião ou de rejeitar Deus. Para uma crítica a esse julgado, mencionam-se ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013. p. 218 e ss.; KYRITSIS, Dimitrios; TSAKYRAKIS, Stavros. Neutrality in the classroom. *International Journal of Consitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 200-217, 2013. p. 200 e ss. Enquanto os últimos criticam todo o conteúdo da decisão e discordam da conclusão da Corte, Zucca contesta a visão de secularismo proposta pela maioria da Corte e o fundamento vencedor de que favorecer o secularismo seria divergir da neutralidade. No entanto, Zucca não caminha na vereda de rejeitar os crucifixos *tout court*, pois entende que deveria a Corte ter instado o Estado italiano a apresentar juridicamente um mecanismo de isenção para ateus e descrentes do catolicismo, o que, à partida, permitiria a sua manutenção. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 313.

e a cultura de um Estado e, assim, apagar os laços de tradição histórico-culturais existentes da religião com a comunidade de cada país. Propiciado um ambiente não discriminador e tolerante,[52] compatibiliza-se o exercício dessa faceta de liberdade religiosa pelos agentes públicos sem censura constitucional.

Considerações finais

A título de epílogo, articulam-se as seguintes conclusões em síntese:

A) A liberdade religiosa é um direito fundamental de titularidade universal, o qual pode e deve ser restringido para a proteção de outros direitos fundamentais ou bens ou interesses coletivos por meio de atos legais, bem como

[52] Sobre tolerância, mencionam-se Locke, Rousseau, Bobbio e Rawls. Segundo Locke (LOCKE, John. *A letter concerning toleration*. Tradução de William People. [s.l.]: [s.n.], 1689. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000173.pdf. Acesso em: 5 maio 2020), a tolerância não deveria ser dada, entre outros, aos ateus e aos que ensinam a intolerância em matérias de religião, aos que concedem à religião qualquer privilégio ou poder sobre outros em assuntos civis e aos que desafiam a autoridade que não participa de sua comunidade eclesiástica por questão ou motivo religioso. Enquanto que os demais poder-se-iam resumir à fórmula de "intolerância com os intolerantes", em relação aos ateus Locke justifica que uma pessoa sem fé em Deus não seria digna de confiança e não respeitaria juramentos, promessas ou contratos. Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2011. p. 198-199), que não apartava a intolerância religiosa da civil, defendia que não seria possível ter uma religião nacional exclusiva, de modo que se deveria ter tolerância com as religiões tolerantes, desde que seus dogmas não prescrevam desobediência aos deveres dos cidadãos; no entanto, os que professavam a fé de que só a sua igreja salvava deveriam ser banidos. Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 196 e seguinte) concebe que o único critério razoável é de estender a tolerância a todos, menos aos intolerantes, embora reconheça que, em termos práticos, é de difícil realização e que não pode ser aceito sem reservas. Bobbio pontua que tratar o intolerante com intolerância pode não ter efeitos práticos, porque a confiança na tolerância baseia-se também na validade da pluralidade de mundividências e opiniões, de sorte que seja talvez politicamente oportuno – e não censurável eticamente – aceitar reduzir a liberdade – e não a suprimir – até o ponto em que não ameace a liberdade dos tolerantes. Logo, decidir pela intolerância total com os intolerantes ou pela tolerância parcial dependerá do contexto histórico. Finalmente, Rawls (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 252-272) afirma que os adeptos a uma seita intolerante, embora não possam reclamar da intolerância dos demais para com ela, podem ter sua liberdade restringida se houver fundado risco à segurança pessoal dos tolerantes e à ordem pública e à segurança das próprias instituições que preservam as liberdades básicas. De um modo mais otimista que Bobbio, que não espera que os intolerantes reconheçam o valor ético da tolerância, Rawls acredita que, proporcionada uma sociedade de liberdade e estável, é possível que os intolerantes passem a compreender ou a comprometer-se com uma Constituição que lhes assegura essa liberdade. Logo, enquanto que Bobbio não adere completamente a Rousseau, Rawls discorda dele sobre como tratar as seitas intolerantes. Acompanha-se Rawls e Bobbio no sentido da possibilidade de restringir a liberdade religiosa dos intolerantes se houver risco a direito de terceiros ou a interesses coletivos, bem como se compreende que, a depender do contexto, é possível que as restrições sejam mais severas. Porém, entre as duas decisões possíveis na visão de Bobbio, conforme contexto histórico (intolerância com os intolerantes ou tolerância parcial), tende-se a acompanhar Rawls nesse patamar. Ver, ainda, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021. p. 141.

pode propiciar situações de colisões normativas que deverão ser solvidas pelo Judiciário.

B) O Estado brasileiro não é confessional, mas também não é antirreligioso. Logo, o modelo de colaboração, adotado no art. 19, I, da Constituição Federal, e a tradição histórico-cultural brasileira propiciam um dever de neutralidade mais enfraquecido que o dever propugnado por outros sistemas político-jurídicos que adotam a laicidade em graus mais acentuados que o regime nacional.

C) Do enunciado normativo do art. 19, I, da Constituição Federal, extrai-se mais de uma norma. O dever de neutralidade é concebido como um princípio jurídico. Apenas o dever de não fundar ou adotar igrejas ou cultos como oficiais é uma regra jurídica.

D) A expressão da religiosidade por agentes públicos em eventos oficiais ativa um conflito normativo com a liberdade religiosa dos demais e com o princípio da neutralidade, o que reclama a solução pela norma da proporcionalidade e seus subtestes: legitimidade do fim e do meio, idoneidade do meio, necessidade do meio e proporcionalidade em sentido estrito.

E) A resposta conclusiva estará na etapa da proporcionalidade em sentido estrito. O sopesamento realizado aponta, em princípio, para que se conclua pela licitude do exercício da liberdade religiosa por agentes públicos em eventos oficiais caso a expressão de sua religiosidade se dê por símbolos, uso de adereços ligados a alguma denominação religiosa ou mesmo de forma oral, desde que: i) essa manifestação ocorra com urbanidade e respeito à cosmovisão diversa; ii) no caso de expressões orais, seja de duração proporcionalmente pequena ao da duração do evento; iii) seja exercida sem ambiente discriminatório, intimidador ou coercitivo, o que se assegura pela facultatividade de presença ao evento ou, no mínimo, com a liberação dos presentes para que se retirem do recinto e a garantia de que não sofrerão qualquer tipo de perseguição ou discriminação por agentes do Estado caso assim o façam. Se isso ocorrer, o exercício da liberdade religiosa positiva e externa do agente público em eventos oficiais é constitucional, porque não reprova no exame da proporcionalidade.

Referências

AARNIO, Aulis. *Reason and authority*: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Cambridge: Ashgate, 1997.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa* – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006. v. II.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Tradução de David García Pazos. *In*: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 1.505-1.514.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, p. 13-64, 2002.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparision. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O paradoxo dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela "ponderada" do direito à saúde*: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação* – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Por um Estado laico e por uma sociedade tolerante. *Campograndenews*, Campo Grande, 30 maio 2017. Disponível em: https://www.campograndenews.com.br/artigos/por-um-estado-laico-e-por-uma-sociedade-tolerante. Acesso em: 27 nov. 2023.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Quando falar de Deus passou a ser pecado jurídico? *Jus Navigandi*, 9 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58369/quando-falar-de-deus-passou-a-ser-pecado-juridico. Acesso em: 27 nov. 2023.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *Manual de direito constitucional*. Leme: Mizuno, 2021.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARBERIS, Mauro. I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico. *In*: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Org.). *Analisi i Diritto 2005*. Ricerche di giurisprudenza analitica. [s.l.]: [s.n.], 2006. p. 1-20.

BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Reprinted. New York: Oxford University Press, 2010.

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

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Tradução de Rodolfo Arango. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, p. 29-56, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF. *Diário Oficial Eletrônico*, 21 jun. 2018.

BRÖHMER, Jürgen; SPITZKATZ (Ed.). *60 Years German Basic Law*: The German Constitution and its Court Landmark decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights. 2. ed. Ampang (Malaysia): The Malaysian Current Law Journal, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Acórdão dado no caso Lautsi e outros v. Itália, Application n. 30814/06, julgado em 18/3/2011*.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, p. 1-7, 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa* – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. *Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, v. 7, n. 16, p. 37-60, 2012. Disponível em: http://www.i-lex.it/articles/volume7/issue16/duarte.pdf.

DUARTE, David. Linguistic objectivity in norm sentences: alternatives on literal meaning. *Ratio Juris*, v. 24, n. 2, p. 112-139, jun. 2011.

DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. *In*: DIAS, Augusto da Silva *et alli* (Org.). *Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário*. Lisboa: Almedina, 2009. p. 161-174.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Acórdão em Lee et al. v. Weisman, 505 U.S. 577, 1992*.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris* – Teoria del diritto e della democrazia. 2. ed. Bari-Roma: Laterza, 2009. v. 2.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KYRITSIS, Dimitrios; TSAKYRAKIS, Stavros. Neutrality in the classroom. *International Journal of Consitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 200-217, 2013.

LEVINET, Michel. *Droits et libertés fondamentaux*. Paris: PUF, 2010.

LOCKE, John. *A letter concerning toleration*. Tradução de William People. [s.l.]: [s.n.], 1689. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000173.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa e liberdade de aprender e ensinar. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 185-199.

MIRANDA, Jorge. Liberdade religiosa em Portugal e o anteprojecto de 1997. *In*: MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006. p. 395-415.

MORVS, Thomas. *Vtopia ou a melhor forma de governo*. Tradução de Aires A. Nascimento. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules* – Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PAVCNIK, Marijan; LACHMAYER, Friedrich. The principle of proportionality (theses for discussion). *In*: SIECKMANN, Jan-Reinard (Ed.). *Legal Reasoning*: the methods of balancing. Proceedings of the

special workshop “Legal Reasoning. The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2010. p. 161-167.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais* – Direito estadual II. Tradução de António C. Franco e António Francisco Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. *Laicidade à brasileira*: um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54437/000850912.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1º maio 2020.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica de Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBERT, Jacques. La liberté de religion, de pensée et de croyance. *In*: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (Coord.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 395-417.

ROSATTI, Horacio. *Tratado de derecho constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 2017. t. I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classics/Companhia das Letras, 2011.

SAMPAIO, Jorge Ferreira. Proportionality in its narrow sense and measuring the intensity of restrictions on fundamental rights. *In*: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (Ed.). *Proportionality in law* – An analytical perspective. Cham: Springer, 2018. p. 70-110.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 6. reimpr. Tradução de Franciso Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O que o procurador pastor tem a ver com a desmoralização do Direito? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-01/senso-incomum-procurador-pastor-ver-desmoralizacao-direito/. Acesso em: 27 nov. 2023.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, p. 73-165, 2008.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 19, I. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 706-710.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, VI. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 264-273.

ZUCCA, Lorenzo. Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, p. 218-229, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Liberdade religiosa de agentes públicos em eventos oficiais e o dever de neutralidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 467-495, jul./dez. 2023.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E O INSS: UM ESTUDO ESTATÍSTICO SOBRE AS AÇÕES ACIDENTÁRIAS JULGADAS ENTRE 2017 E 2018

SÃO PAULO COURT OF JUSTICE AND THE INSS: A STATISTICAL STUDY ON ACCIDENTAL BENEFITS SUITS JUDGED BETWEEN 2017 AND 2018

Dalton Tria Cusciano

Pós-Doutor em Direito e Tecnologia pelo MICHR/Itália. Doutor em Administração Pública e Governo, Mestre e Bacharel em Direito, todos pela FGV/SP. Atua como Corregedor na Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro)/ Ministério do Trabalho e como Professor de Mestrado da Ambra University. *E-mail*: daltontria@yahoo.com.br.

Resumo: O objetivo deste artigo é verificar a concretização da garantia legal de substituição de renda em caso de acidente ou adoecimento relacionado ao trabalho, medindo, para tanto, o índice de reversibilidade das ações – impetradas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – no tocante a cada um dos benefícios acidentários (auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária e auxílio-acidente) julgados pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) nos anos de 2017 e 2018. A pergunta que norteia este artigo é: qual o índice de reversibilidade das decisões do INSS que negam benefícios acidentários pelo Tribunal de Justiça de São Paulo? A hipótese de existência de um alto índice de reversão das negativas do INSS à concessão do benefício acidentário, pelo TJSP, foi confirmada, sendo de 72,5% em 2017 e 68,3% em 2018 em favor da aposentadoria por invalidez acidentária; 86,2% em 2017 e 85,6% em 2018 do auxílio-acidente; e 77,8% em 2017 e 76,8% em 2018 do benefício do auxílio-doença acidentário. Foram analisados, quantitativamente, 4.960 acórdãos por meio do uso do *Statistical Package for the Social Sciences*.

Palavras-chave: Judicialização. Acidente de trabalho. Doença ocupacional. Aposentadoria por invalidez. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Abstract: This article aims to verify the realization of the guaranteed replacement of income in case of a work accident, measuring for that the reversibility index of the lawsuits filed against the National Institute of Social Security (INSS) regarding each of the accidental benefits (accidental sickness benefit, retirement due to accidental disability and accident assistance), judged by the 16th and 17th Chambers of Public Law of the São Paulo Court of Justice (TJSP) in 2017 and 2018. The problem of the article was: What is the reversibility index of the INSS decisions that deny accidental benefits by the São Paulo

Court of Justice? Our hypothesis was the existence of a high rate of reversal of the INSS negatives to the granting of the benefit, which was proved, being 72,5% in 2017 and 68,3% in 2018 for the accidental disability retirement benefit, 86,2% in 2017 and 85,6% in 2018 for the accident benefit and 77,8% in 2017 and 76,8% in 2018 of sickness accident benefit. A total of 4.960 (four thousand nine hundred sixty) judgments were analyzed, quantitatively using the Statistical Package for the Social Sciences.

Keywords: Judicialization. Occupational accidents. Occupational disease. Accidental disability retirement. National Institute of Social Security.

Sumário: **1** Introdução – **2** O acidente de trabalho na perspectiva doutrinária – **3** O acidente de trabalho e a legislação brasileira – **4** Metodologia – **5** Análise quantitativa dos resultados – **6** Comparações de resultados entre as 16ª e 17ª Câmaras do TJSP – **7** Conclusão – Referências

Summary: **1** Introduction – **2** Occupational Accident from a Doctrinal Perspective – **3** Occupational Accident and Brazilian Legislation – **4** Methodology – **5** Quantitative Data Analysis – **6** Comparisons of results between 16th and 17th Public Chambers from TJSP – **7** Conclusion – References

1 Introdução

O tema do acidente de trabalho fica na seara acadêmico-jurídica restrita aos temas da responsabilidade civil, da competência jurisdicional, das ações regressivas, do papel da comissão interna de prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho e de assédio (Cipa), dos impactos tributários e do sistema estruturante de fiscalização e prevenção. Todavia, quando um acidente de trabalho ocorre, como o que acabou de ocorrer enquanto o leitor lia este parágrafo, considerando a média de um acidente a cada 51 (cinquenta e um) segundos, conforme dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, o trabalhador ou sua família obtém a prestação dos benefícios acidentários previstos na lei?

Essa indagação levou à pesquisa constante deste artigo, a qual possui caráter inovador, considerando que o tema é pouco explorado academicamente, inclusive, com muitas confusões entre benefícios acidentários e previdenciários, os quais, apesar de similares, não são idênticos, sendo, inclusive, concedidos judicialmente por competências distintas, dado que a ação judicial envolvendo benefício acidentário compete à Justiça estadual, enquanto a ação judicial envolvendo benefício previdenciário compete à Justiça federal.

Na tentativa de dirimir essas confusões, faz-se necessário, nessa introdução, trazer o conceito normativo de acidente de trabalho, o qual se encontra no art. 19 da Lei nº 8.213/1991, que assevera ser o acidente de trabalho aquele que "ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei", e que provoque "lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho".

Os acidentes de trabalho se tornaram tão comuns, que foi necessária a criação de uma data para reflexão e ação sobre a saúde e a segurança no trabalho, qual seja, 28 de abril, além de termos desde 2012, no âmbito da Justiça do Trabalho, o Programa Trabalho Seguro, criado pela Resolução nº 96 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, o qual visa à formulação e execução de projetos e ações nacionais voltados à prevenção de acidentes de trabalho e ao fortalecimento da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

A própria Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, cujos objetivos são a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho, acaba de completar 12 (doze) anos, tendo sido criada pelo Decreto nº 7.602/2011.

Quando se analisam os dados relacionados aos acidentes de trabalho, temos registrados no ano de 2021, quando ocorreu a última atualização do Anuário Estatístico da Previdência Social, 536.174 (quinhentos e trinta e seis mil, cento e setenta e quatro) acidentes de trabalho, segundo os dados oficiais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Desse total, 71.207 (setenta e um mil, duzentos e sete) não tiveram a comunicação de acidente de trabalho (CAT) registrada.

Ao se analisar os oito últimos anos, nos quais os dados de acidentes laborais foram disponibilizados, quais sejam, 2014 a 2021, percebe-se que o número de acidentes de trabalho oficialmente registrados sofreu uma redução expressiva no período de 2014 a 2016, mantendo-se entre 540 e 580 mil acidentes no período subsequente – com exceção de 2020, em virtude da pandemia, conforme o Quadro 1.

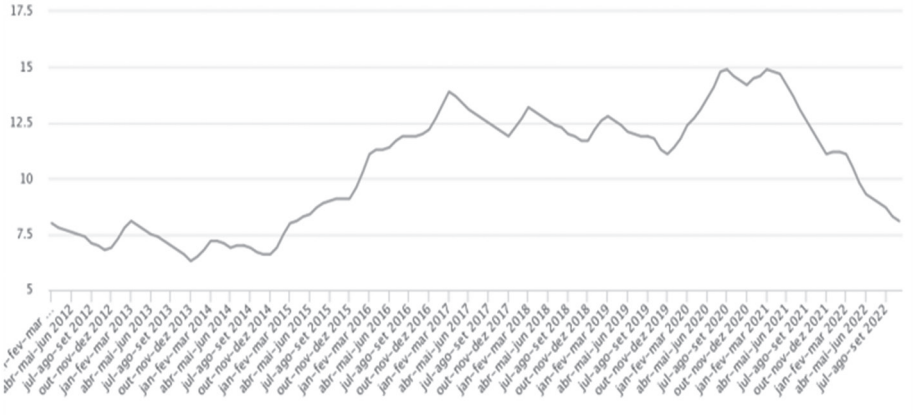
Quadro 1 – Dados sobre acidentes e doenças relacionados ao trabalho

Ano	Acidentes de trabalho/dados oficiais	Acidente de trabalho sem CAT registrada no INSS
2021	536.174	71.207
2020	445.814	42.120
2019	586.857	99.118
2018	586.017	104.024
2017	549.405	98.791
2016	585.626	107.587
2015	622.379	114.626
2014	712.302	148.019

Fonte: Elaboração própria com base nos dados dos anuários estatísticos da Previdência Social, do PNAD/PNS/IBGE e do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho do MPT/OIT.

Esse decréscimo de acidentes de trabalho, em números absolutos, não necessariamente está vinculado a uma melhoria das condições ambientais no trabalho, podendo ser explicado pela alta na taxa de desocupação, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) representados pelo Gráfico 1.

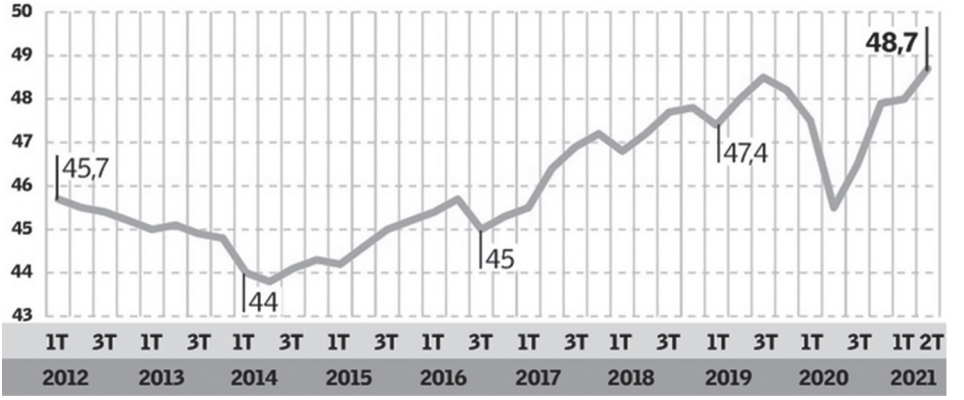
Gráfico 1 – Taxa de desocupação em percentual referente ao período de janeiro/março de 2012 a setembro/novembro de 2022



Fonte: PNAD Contínua mensal/IBGE.

Ademais, no período também se observou um aumento do mercado informal, chegando a 48,7% da população ocupada, o que corrobora a hipótese de que a redução no número de acidentes laborais registrados não tem, a princípio, relação direta com alguma melhoria no ambiente de saúde e segurança do trabalho no Brasil, estando, ao contrário, relacionada à redução no número de empregos formais, com consequente aumento da quantidade de informais e da taxa de desocupados, observado no Gráfico 2.

Gráfico 2 – Variação do percentual de informalidade na população ocupada no período 2012-2021



Fonte: PNAD Contínua/IBGE (2022).

Apesar da relevância dos números acima, pode-se afirmar que, até o final de 2022, não foi implementada nenhuma forma nova de se enfrentar o elevado número oficial de acidentes de trabalho, apesar da previsão normativa constante do inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal (CF), que assevera serem direitos "dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". Deve-se ressaltar que os dados apresentados pelo Anuário Estatístico da Previdência Social, no ano de 2013, apontou um total de 717.911 (setecentos e dezessete mil, novecentos e onze) acidentes, números esses divergentes dos dados encontrados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que, em parceria com o Ministério da Saúde, realizou, junto à Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD), o suplemento da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), registrando 4.948.000 (quatro milhões, novecentos e quarenta e oito mil) acidentes de trabalho para o mesmo período. É certo que as bases de dados utilizadas pelos institutos IBGE e INSS e a forma de coleta desses institutos são distintas, mas, independentemente da diferença de resultados encontrada, o número de trabalhadores afetados negativamente em sua saúde pelo trabalho ainda é considerável, o que, por si só, já demandaria a realização de um estudo como o atual.

Ademais, o fato de as demandas acidentárias serem as mais julgadas pela Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme o Anuário da Justiça em números (CNJ, 2019), indica a existência de um caminho cada vez mais trilhado pelos trabalhadores que se acidentam e têm suas pretensões administrativamente negadas pelo INSS, tornando relevante compreender como o

Tribunal de Justiça de São Paulo atua nos casos envolvendo acidentes laborais, considerando que a Constituição Federal de 1988 (CF/88), por meio do art. 109, I, excepcionou da competência da Justiça Federal o julgamento das lides acidentárias, o que é corroborado pela Súmula nº 235 do Supremo Tribunal Federal (STF), que estabelece ser "competente para a ação de acidente de trabalho a Justiça Cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora" (STF, 1963).

O objetivo deste artigo, portanto, é verificar a concretização da garantia legal de substituição de renda em caso de acidente ou adoecimento relacionado ao trabalho.

A pergunta que norteia este artigo é: qual o índice de reversibilidade das decisões do INSS que negam benefícios acidentários pelo Tribunal de Justiça de São Paulo?

A hipótese é a da existência de um alto índice de reversão das negativas do INSS à concessão do benefício acidentário, pelo TJSP.

Mediu-se, para tanto, o índice de reversibilidade das ações – impetradas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – no tocante a cada um dos benefícios acidentários (auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária e auxílio-acidente), julgados pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) nos anos de 2017 e 2018, o que ocorreu mediante o estudo estatístico de 4.960 acórdãos por meio do uso do *Statistical Package for the Social Sciences*.

2 O acidente de trabalho na perspectiva doutrinária

Como já visto anteriormente, o acidente de trabalho é o infortúnio ocorrido em razão do trabalho desenvolvido ou relacionado a ele, capaz de levar a óbito ou de incapacitar total ou parcialmente e de forma temporária ou permanente o trabalhador envolvido.

Para Sérgio Pinto Martins (2013, p. 147), o acidente do trabalho é:

> [...] a contingência que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço do empregador ou pelo exercício de trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Nesse conceito há que se destacar o gênero próximo, que é a contingência, e a diferença específica, que diz respeito ao restante da definição.

Por seu turno, Wladimir Novaes Martinez (2013, p. 24) enuncia que o acidente do trabalho pode ser conceituado como:

> Acidento do Trabalho – À exceção da degenerativa, inerente a grupo etário, endêmica e que não produza incapacidade laboral, qualquer doença envolvida com a atividade profissional e fato traumático, este último ocorrido dentro ou fora do estabelecimento da empresa, capaz de impedir o esforço do trabalhador a serviço da empresa em razão de lesão corporal ou perturbação funcional e que, além do conceituado pelo art. 19 da Lei n. 8.213/91, for aquele que, para sua perfeita configuração, necessária se faz a decantação de três requisitos essenciais: causalidade, prejudicialidade e nexo etiológico ou causal, uma ocorrência não programada, inesperada ou não, que interrompe ou interfere no processo normal de uma atividade, ocasionando perda de tempo útil e/ou lesões nos trabalhadores e/ou danos materiais.

Já para Cláudio Brandão (2006, p. 137-138), acidente de trabalho é:

> Evento único, subitâneo, imprevisto, bem configurado no espaço e no tempo e de consequências geralmente imediatas, não sendo essencial a violência, podendo ocorrer sem provocar alarde ou impacto, ocasionando, meses ou anos depois de sua ocorrência, danos graves e até fatais, exigindo-se, apenas, o nexo de causalidade e a lesividade.

Por fim, José Affonso Dallegrave Neto (2017, p. 223) aponta que o acidente se caracteriza:

> [...] pela existência de evento único, súbito, imprevisto e bem configurado no espaço e no tempo. Nesses acidentes típicos as consequências geralmente são imediatas, ao contrário das doenças ocupacionais que se caracterizam por resultado mediato, porém evolutivo.

O acidente do trabalho também possui um conceito administrativo descrito no Quadro III, Parte V, do art. 1.1 *do Manual de Instruções para o Preenchimento da Comunicação de Acidente de Trabalho*, pelo qual se entende que é acidente é:

> O que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, com o segurado empregado, trabalhador avulso, médico residente, bem

> como com o segurado especial, no exercício de suas atividades, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho.

Por fim, há o conceito legal, visto na introdução deste artigo e constante da norma veiculada pelo art. 19 da Lei nº 8.213/1991, que assevera ser o acidente de trabalho aquele que "ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei", e que provoque "lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho".

O conceito trazido pelo art. 19, ora citado, é chamado de acidente típico ou acidente de trabalho *strico sensu*, pois se configura, nas palavras de Hertz Jacinto Costa (2013, p. 83), como um "acontecimento brusco, repentino, inesperado, externo e traumático, ocorrido durante o trabalho ou em razão dele, que agride a integridade física ou psíquica do trabalhador".

Também são considerados acidente de trabalho, segundo o art. 20 da supracitada norma, a "doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social" e a "doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente", desde que esteja constado na retromencionada relação.

Consequentemente temos que a Lei nº 8.213/199 equiparou, no plano normativo, a doença ocupacional ao acidente de trabalho, apesar de, como bem acentua Russomano (1997), tais termos possuírem conceitos próprios, salientando mais á frente:

> A equiparação entre eles se faz apenas no plano jurídico, com efeitos nas reparações e os direitos que resultam para o trabalhador nos dois casos. Enquanto o acidente é um fato que provoca lesão, a enfermidade profissional é um estado patológico ou mórbido, ou seja, perturbação da saúde do trabalhador. (RUSSOMANO, 1997, p. 46)

Oswaldo Optiz e Sílvia Optiz (1988, p. 22) apontam as seguintes distinções entre o acidente de trabalho e a doença ocupacional:

> Distinguem-se sob dois aspectos: etiológico e cronológico. Caracteriza-se, em regra, o acidente pela subitaneidade e a violência na expressão da Lei de 1919. Ao passo que, na doença, isso não ocorre,

> porque é um processo que tem certa duração, embora se desencadeie num momento certo, provocando a lesão corporal ou a perturbação funcional e até mesmo a morte. Pode-se acrescentar ainda, mais um elemento diferenciador, qual seja, a sua causa, que no acidente-tipo é externa, quando, quase sempre, na doença, ela se apresenta internamente devido ao processo silencioso peculiar a toda moléstia orgânica do homem.

José Affonso Dallegrave Neto (2017, p. 218) faz a seguinte distinção entre doença profissional e doenças do trabalho:

> As doenças profissionais chamadas tecnopatias, têm no trabalho a sua causa única, eficiente, por sua própria natureza. São, pois, as doenças típicas de algumas atividades laborativas como, por exemplo, a silicose em relação ao trabalhador em contato direito com a sílica. [...]
>
> Quanto às doenças do trabalho, também denominadas mesopatias, são aquelas que não têm no trabalho a causa única ou exclusiva, mas são adquiridas em razão das condições especiais que o trabalho é realizado. Assim é o bancário que, em razão do cargo, digita incessantemente e sem o devido repouso previsto na NR-17, adquirindo assim a doença tenossinovite, provocada por LER (lesão por esforço repetitivo).

O termo "doença ocupacional" é utilizado genericamente para abarcar os conceitos de doença do trabalho e doença profissional, cada uma possuindo seu conceito específico. Nesse sentido, como aponta Gustavo Barbosa Garcia (2007, p. 18), "enquanto as doenças profissionais são decorrentes de trabalho peculiar exercido, as doenças do trabalho decorrem de condições especiais de trabalho desempenhado".

Sobre as doenças do trabalho, José de Oliveira (1991, p. 2) aduz que "condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a consequente eclosão ou exacerbação do quadro mórbido e até mesmo o seu agravamento".

Já Bruno Paoleshi (2009) afirma que as doenças profissionais decorrem, entre outros fatores, da ausência de organização do trabalho e da falta de limpeza laboral, o que majora o risco de desenvolvimento de doença profissional.

Assim, a doença profissional estará vinculada ao exercício da profissão em si, como exemplo, no caso de mineradores, que em razão da profissão podem estar expostos ao chumbo, o que pode causar saturnismo.

Logo, a doença do trabalho é a decorrente da forma pela qual o trabalho é prestado, ou seja, tem como variável determinante condições ambientais de trabalho. Assim, determinado grupo de pessoas atuando de maneira específica em um ambiente controlado pode desenvolver lesão por esforço repetitivo (LER) ou distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT), enquanto outro grupo desenvolvendo a mesma atividade, mas em um ambiente controlado, pode não os desenvolver.

A distinção entre doença profissional e doença do trabalho é importante, uma vez que a primeira tem o nexo etiológico com o trabalho presumido, enquanto, na segunda, cabe ao trabalhador demonstrar que desenvolveu a doença em decorrência da forma pela qual atuava.

Em virtude disso, diversos trabalhadores acometidos por doenças do trabalho acabam tendo que ingressar com ações judiciais, para conseguir provar, por meio de perícias, laudos ambientais e provas testemunhais a maneira pela qual exerciam o trabalho.

Além das doenças ocupacionais ora vistas, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.213/199, também são equiparados ao acidente de trabalho:

> I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
>
> II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:
>
> a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
>
> b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
>
> c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
>
> d) ato de pessoa privada do uso da razão;
>
> e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
>
> III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
>
> IV - o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho:
>
> a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

> b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
>
> c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo, quando financiada por esta, dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
>
> d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.
>
> §1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

Nos casos elencados nos arts. 20 e 21, temos os denominados acidentes atípicos, resultantes de doenças profissionais, subdivididas em doenças ocupacionais, doenças do trabalho e acidentes de trajeto.

O inc. I do art. 20 da Lei nº 8.213/199 merece especial atenção por normatizar a "teoria da concausa", a qual é bem definida por Rui Stocco na atualização da obra de Pontes Miranda, ao asseverar que concausa é "a sobreposição de causas que interferiram para a eclosão de um resultado no mundo físico, ou seja, é outra causa que, juntando-se à principal, também contribui para a ocorrência desse resultado" (MIRANDA, 2012, p. 274).

Conforme José Carlos Manhabusco e Gianncarlo Camargo Manhabusco (2017, p. 41), a legislação vigente traz a seguinte classificação das concausas, qual sejam prévia, concomitante e superveniente:

> [...] para caracterização das concausas concomitantes, faz-se necessária a existência de um sincronismo com o evento danoso, podendo-se citar como exemplo a possibilidade de um trabalhador desmaiar durante o manuseio de certa máquina e bater com a cabeça nela. Já as concausas supervenientes surgem após o desencadeamento do evento danoso e, simplesmente, agravam os efeitos do acidente, como no caso de uma infecção hospitalar contraída após a realização de cirurgia ocorrida em virtude de acidente do trabalho.

No tocante às concausas prévias, José Carlos Manhabusco e Gianncarlo Camargo Manhabusco (2017) afirmam que essas, ao serem somadas à atividade exercida e à capacidade do obreiro, podem gerar lesões que reduzam a capacidade laboral do obreiro, ou mesmo lhe causar a morte.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2007, p. 21) assevera:

> A concausalidade é fato independente e estranho na produção do resultado; ou causa ligada à atividade laborativa, porém concorrente. Esta pode ser: preexistente, concomitante ou superveniente. O indivíduo pode adquirir o bacilo de Koch e não apresentar a doença, ficando os bacilos alojados em gânglios junto ao hilo pulmonar, formando o que se chama de complexo primário tuberculoso (causa preexistente). Pode acontecer que o operário, trabalhando em lugar exposto a intempéries e umidades constantes, sem períodos de descanso suficientes, apresentando uma queda no seu estado geral de saúde, com diminuição de suas defesas orgânicas, acompanhada de uma doença a partir unicamente do complexo primário tuberculoso. Estamos diante da comprovação da concausalidade das condições agressivas para a eclosão da doença. Estas constituem causas supervenientes, enquanto o complexo primário tuberculoso é causa preexistente.

Por fim, arrematam Antônio Lopes Monteiro e Roberto Fleury Bertagni (1998, p. 13):

> Nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença. Pode haver a conjunção de outros fatores – concausas. Uns podem preexistir ao acidente – concausas antecedentes; outros podem sucedê-lo – concausas supervenientes; por fim, há também os que se verificam concomitantemente – concausas simultâneas. Exemplo do primeiro caso é o diabético que venha a sofrer um pequeno ferimento que para outro trabalhador sadio não teria maiores consequências. Mas o diabético falece devido à intensa hemorragia causada. Temos assim uma morte para a qual concorre o acidente associado a um fator preexistente, a diabete.

Para que o acidentado possa pleitear os benefícios acidentários perante o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), faz-se necessário o enquadramento do acidente de trabalho nas hipóteses elencadas na Lei nº 8.213/1991, o que é tarefa simples nos casos em que é visível a culpa do empregador, como exemplo, acidente de trabalho ocorrido em altura no local de obra, pelo não fornecimento de equipamento de segurança ao trabalhador.

Todavia, em diversas situações, a relação de causalidade entre a redução de capacidade laboral ou mesmo a morte do trabalhador e o trabalho desenvolvido não é clara, além das situações nas quais o empregador busca impedir o

enquadramento nas previsões legais a respeito, por receio das consequências jurídicas da garantia de emprego prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991, das indenizações por responsabilidade civil, do aumento da alíquota tributária e das ações regressivas do INSS.

Cavalieri Filho (2009, p. 43) destaca:

> Quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.

No mesmo sentido se posiciona Carlos Roberto Gonçalves (2007), apontando que existe uma dificuldade de caracterização como acidente de trabalho nas concausas sucessivas ou simultâneas, uma vez que essas formam verdadeira cadeia de causas e efeitos.

Uma maneira de facilitar a caracterização é por meio da comunicação de acidente de trabalho (CAT) ao INSS, a qual deve ser preenchida pela pessoa jurídica responsável pelo empregado e registrada junto ao INSS, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência, ainda que este não gere o afastamento do obreiro das suas atividades ordinárias. Nos casos em que o acidente de trabalho acarreta o óbito do trabalhador, a autoridade policial competente também deverá ser comunicada, o que deve ocorrer de forma imediata. Caso a pessoa jurídica não faça a comunicação, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, o que pode ocorrer a qualquer tempo, conforme os §§1º a 4º do art. 22 da Lei nº 8.213/1991.

A formalização por outra entidade – que não a pessoa jurídica obrigada – não exime o empregador das sanções legais, especialmente da multa variável entre o limite mínimo e o máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, e aplicada e cobrada pela Previdência Social em caso de não comunicação do acidente de trabalho, nos termos do *caput* do art. 22 da Lei nº 8.213/1991. Como o INSS aceita o documento a qualquer tempo, o número de acidentes de trabalho pode oscilar em séries históricas, o que justifica eventual diferença de dados que possa a vir a ser encontrada.

Embora sua emissão seja obrigatória em caso de acidente, sua ausência não inviabilizava a concessão do benefício acidentário até o advento da Lei nº 14.331, de 4.5.2022, que estabeleceu:

> Art. 129-A. Os litígios e as medidas cautelares relativos aos benefícios por incapacidade de que trata esta Lei, inclusive os relativos a acidentes do trabalho, observarão o seguinte: [...]
>
> b) comprovante da ocorrência do acidente de qualquer natureza ou do acidente do trabalho, sempre que houver um acidente apontado como causa da incapacidade;

Segundo dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho (2021), que tem por base os dados do INSS, no período de 2012 a 2021 foram registrados, por meio da emissão de comunicação de acidente de trabalho, 6.161.623 (seis milhões, cento e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e três) acidentes laborais, dos quais 22.954 (vinte e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro) foram fatais. Ademais, foram perdidos 469.447.750 (quatrocentos e sessenta e nove milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, setecentos e cinquenta) dias laborais por afastamentos do trabalho decorrentes de acidentes laborais. Dados da mesma fonte ainda apontam que, com benefícios acidentários, ou seja, auxílio-acidente (para casos de incapacidade parcial e permanente), auxílio-doença acidentário (para casos de incapacidade total e temporária) e aposentadoria por invalidez acidentária (para casos de incapacidade total e permanente), a Previdência Social gastou o valor de R$120.604.942.559,8 (cento e vinte bilhões, seiscentos e quatro milhões, novecentos e quarenta e dois mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e oitenta centavos), o que equivale a 1,4% (um inteiro e quatro décimos) do total do Produto Interno Bruto (PIB) de 2021, o qual atingiu a marca de R$8,9 trilhões, conforme IBGE (2022), englobando o valor despendido pela Previdência Social em infortúnios laborais e os benefícios iniciados em anos anteriores a 2012, cujo pagamento perdurou no período de 2012 a 2021. Quando consideramos apenas as novas concessões de benefícios acidentários no ano de 2021, temos a quantia de R$12,1 bilhões, o que equivale a 10% do valor total gasto com benefícios acidentários, excluindo-se a pensão por morte, indicando uma trajetória de crescimento nos gastos quando analisada toda a série histórica.

Infelizmente, tais dados referem-se somente aos dados oficiais registrados pelo INSS, havendo razoável subnotificação, como pode se observar dos dados coletados pela Previdência Social, no ano de 2013, no total de 717.911 (setecentos e dezessete mil, novecentos e onze) acidentes, enquanto os dados encontrados pela

Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar (PNAD) registraram 4.948.000 (quatro milhões, novecentos e quarenta e oito mil) acidentes de trabalho para o mesmo ano.

A significativa diferença decorre tanto das distintas bases de dados utilizadas pelos institutos IBGE e INSS, quanto pela forma de coleta daqueles, mas, independentemente da diferença de resultados encontrada, o número de trabalhadores afetados negativamente em sua saúde, pelo trabalho, é considerável e reforça a dificuldade dos trabalhadores de obter um benefício acidentário, considerando que qualquer acidente laboral ocorrido na margem de diferença entre as bases de dados não foi registrado pelo INSS, não havendo, portanto, CAT e tampouco interesse do empregador em informar tal acidente, o que dificulta e muito a comprovação do nexo causal entre o acidente ocorrido e o trabalho desenvolvido.

Cusciano (2023), ao comparar as bases de dados do INSS e do Tribunal de Justiça de São Paulo, apontou que, no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, para o auxílio-doença acidentário, houve uma subnotificação de no mínimo 13% (treze por cento) dos casos, enquanto para a aposentadoria por invalidez essa subnotificação foi de 11% (onze por cento).

A subnotificação dos acidentes laborais também é perceptível por grande parte da doutrina, conforme se observa nos trabalhos de Paulo Roberto Lopes Correa e Ada Ávil Assunção (2003), que apontam que, de um total de 20 (vinte) óbitos por acidentes de trabalho ocorridos em Belo Horizonte no ano de 1999 e registrados no Sistema de Informação em Mortalidade (SIM) ou no Sistema de Informação de Acidentes de Trabalho da Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte SIAT-SUS/BH, 8 (oito) não foram encontrados no banco do INSS; enquanto Vilma Santana, Letícia Nobre e Bernadette Cunha Waldvogel (2005) indicam que a subnotificação de óbitos se concentrou entre 70% e 90% entre os anos de 1994 e 2004 no Brasil, salientando:

> Todos resultados mostram que o nível de sub-registro é surpreendente, variando de 81,9% em Porto Alegre passando por 76% no Paraná (Lee, 1999), e mostrando menores estimativas em São Paulo, entre 39% e 45% (Waldvogel, 2002; 2203). Com registros policiais, Carneiro (2000) identificou que o BO era a fonte que identificava o maior número de óbitos por acidentes de trabalho, estimando um sub-registro de 56,6% relativo às Declarações de Óbito (DO) e que não havia Comunicações dos Acidentes de Trabalho (CAT) emitidas para 95,1% dos casos elegíveis. Todavia, o estudo de Hennington *et al*. (2004) mostrou que, em Campinas, o sub-registro atingiu 27%, embora para todo o Estado de São Paulo esse erro de classificação chegou ao nível dos resultados dos outros estudos, em torno de 87%. Em contraste com a proximidade observada entre essas estimativas,

> os estudos de Waldvogel (2002; 2003) revelaram um sub-registro próximo de 40% de acordo com as DO, e entre 39,0% e 45%, com dados do INSS. No Rio de Janeiro, foi também elevado o sub-registro de óbitos por acidentes de trabalho, estimado em cerca de 90,4% com base na comparação de registros de ocorrência policial em relação às DO e dados do INSS. Dados da DO, por sua vez, foram três vezes menores do que o que foi possível identificar pelas ocorrências policiais. (SANTANA; NOBRE; WALDVOGEL, 2005, p. 845)

O artigo de Rodrigues, Fleischmann e Santos (2019), baseado em dados de 2016, indica que "foram registrados oficialmente 139 mortes por causas laborais, pela Previdência Social. Porém, registros oficiais obtidos junto a autoridades policiais e de saúde, revelaram que foram ao menos 506 vítimas de acidentes fatais de trabalho" no Rio Grande do Sul naquele ano.

Se os óbitos dos trabalhadores são imensamente subnotificados, hipótese essa considerada a mais gravosa em termos de consequências jurídicas, situação melhor não encontram os acidentes não fatais, conforme apontam Ricardo Cordeiro *et al.* (2005, p. 258):

> O presente estudo estimou que a subnotificação de acidentes do trabalho pelo Sistema CAT foi de 79,5% (IC 95% 78,8%-80,3%) em 2002 em Botucatu. Isso significa que quatro para cada cinco acidentes ocorridos na cidade, cuja notificação era obrigatória, deixaram de ser captados pelo Sistema. Se levar em consideração a totalidade dos acidentes do trabalho ocorridos no município, inclusive os trabalhadores domésticos, os autônomos, o funcionalismo público e todo o setor informal da economia, esse sistema, reconhecido como o mais abrangente dos sistemas de informação sobre acidentes do trabalho no País, deixou de captar 91,7% (IC 95% 91,1%-92,4%) das ocorrências do município. Equivale dizer que não se tem nenhuma informação sobre a natureza, extensão e consequências de nove para cada 10 acidentes ocorridos em Botucatu.

Consequentemente, não sendo notificado o acidente de trabalho, a prova do nexo causal entre a redução da capacidade do trabalhador ou mesmo sua morte fica muito mais difícil, obrigando o obreiro a provar essa relação perante o INSS, e ante a negativa do benefício acidentário, pela autarquia, a solução acaba sendo somente a jurídica, solução essa que o presente artigo analisou.

3 O acidente de trabalho e a legislação brasileira

A humanidade preocupa-se desde a Antiguidade com os infortúnios da vida, recorrendo aos mais diversos artefatos religiosos, culturais e jurídicos para proteção e/ou redução dos efeitos das adversidades da vida.

Fábio Zambitte Ibrahim (2007, p. 1) salienta:

> Pode-se afirmar que a proteção social nasceu, verdadeiramente, na família. A concepção da família já foi muito mais forte do que nos dias de hoje e, no passado, as pessoas comumente viviam em largos aglomerados familiares. O cuidado aos mais idosos e incapacitados era incumbência dos mais jovens e aptos para o trabalho. Contudo, nem todas as pessoas eram dotadas de tal proteção familiar e, mesmo quando esta existia, era frequentemente precária. Daí a necessidade de auxilio externo, com natureza eminentemente voluntária de terceiros, muito incentivada pela Igreja. O Estado só viria a assumir alguma responsabilidade no século XVII, com a edição da famosa Lei dos Pobres.

No Brasil, foi em 1835, mais especificamente em 22 de junho, que a preocupação com algum tipo de proteção social em decorrência de infortúnios relacionados ao trabalho surgiu, quando o então Barão de Sepetiba, no exercício do cargo de ministro da justiça, propôs, a criação do Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado (Mongeral), com o qual os servidores do Estado, objetivando cobertura dos riscos sociais, contribuíam financeiramente mediante o pagamento de cotas e, em retorno, adquiriam o direito de, por morte, deixar pensão pagável à pessoa de sua escolha.

Apesar de ser facultativa, foi uma das primeiras experiências brasileiras no segmento, tendo tido importante papel de suporte às famílias dos soldados combatentes da Guerra do Paraguai.

Após 150 anos de evolução legislativa, em 1988, o constituinte importou-se em insculpir na Constituição Federal a preocupação com o acidente de trabalho e as doenças laborais, incluindo os incs. XXII e XXVIII no art. 7º da Constituição Federal, que estabelecem:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
>
> XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]

> XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Percebe-se, pela leitura do art. 7º, que é uma obrigação patronal a preservação da saúde do obreiro, via aplicação de medidas individuais e coletivas de prevenção e proteção aos riscos ambientais do trabalho, tratando-se de verdadeiro direito fundamental dos colaboradores e sendo, portanto, cláusula pétrea constitucional, o que significa dizer que tal direito não poderá ser suprimido e sua aplicação deve ser imediata.

Na legislação infraconstitucional, especialmente na Lei nº 8.213/91, referente ao plano de benefícios previdenciários, os §§1º, 2º e 3º do art. 19 afirmam:

> §1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.
>
> §2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.
>
> §3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

No mesmo sentido, encontra-se vigente a Portaria nº 3.214/1978, que trouxe as normas regulamentadoras (NR) e, em especial, o item 1.7 da NR nº 17 (dispõe sobre ergonomia), a qual vigorou até o dia 2.1.2022, que estabeleceu:

> Cabe ao empregador:
>
> a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;
>
> b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos empregados por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos;
>
> c) informar aos trabalhadores:
>
> I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;
>
> II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;
>
> III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

> IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.
>
> d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;
>
> e) determinar os procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho.

O art. 156 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz a mesma obrigação prevista na Constituição Federal a ser seguida pelo patronato, que deve observar o cumprimento das normas acerca da saúde, higiene e segurança do trabalho da seguinte forma:

> Art. 156. Compete, especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:
>
> I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;
>
> II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, façam-se necessárias;
>
> III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do artigo 201.

A obrigação de observância da higiene, da saúde e da segurança do trabalho, contudo, não é somente do empregador, devendo também ser cumprida pelo empregado, conforme se extrai do art. 158 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

> Art. 158. Cabe aos empregados:
>
> I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item ii do artigo anterior;
>
> II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. Parágrafo único: Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:
>
> a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
>
> b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

O art. 200 da Constituição Federal também menciona o tema ao indicar:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A leitura do artigo citado indica que o meio ambiente do trabalho está contido dentro do conceito de meio ambiente apresentado pela Constituição Federal, sendo fundamental respeitá-lo para se atingir um meio ambiente equilibrado e sustentável. Na tentativa de melhor delinear o conceito de meio ambiente do trabalho, Julio Cesar de Sá da Rocha (2002, p. 30) faz a seguinte explanação:

> É possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado; todo trabalhador que cede a sua mão de obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações por que passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local da moradia ou ao ambiente urbano.

Por seu turno, Amauri Mascaro do Nascimento (1999) aponta que "meio ambiente de trabalho" é o complexo máquina-trabalho, englobando desde a edificação em si e sua estrutura de iluminação e conforto térmico, até os equipamentos de proteção individual, devendo o trabalho desempenhado ocorrer em condições de salubridade e com medidas de prevenção à periculosidade e à fadiga, o que importa em jornadas de trabalho controladas: existência de descansos, intervalos, movimentação do trabalhador durante o expediente, férias e outras medidas de proteção ao colaborador, as quais, somadas, formam o conjunto de condições de trabalho. Portanto, o meio ambiente laboral tem relação com o local no qual o trabalhador obtém o seu sustento, devendo esse estar em equilíbrio com o ecossistema como um todo.

Além das menções acima, o art. 201 da Constituição Federal previa, na sua versão original e vigente – até 1998, quando do advento da Emenda Constitucional (EC) nº 20, a cobertura previdenciária dos "eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente do trabalho, velhice e reclusão". Com a publicação dessa emenda, a expressão "resultantes de acidentes do trabalho" foi suprimida, passando a constar como "cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada". Outras modificações trazidas pela EC nº 20, de 1998, referem-se: (i) à exclusão do texto constitucional da fórmula de cômputo das aposentadorias, baseada na média das últimas 36 (trinta e seis) contribuições do

segurado ao regime – o que permitiu, em 1999, a introdução, pela Lei nº 9.876, do fator previdenciário e de nova metodologia de cálculo do salário de benefício, que passou a ser a média das 80% (oitenta por cento) maiores contribuições pagas após julho de 1994 –; e (ii) à comprovação do tempo de contribuição em vez de tempo de serviço, ou seja, só teria direito ao benefício previdenciário quem comprovasse o recolhimento das contribuições e não somente o trabalho, o que afastou do acesso ao sistema previdenciário os obreiros informais que, apesar de terem trabalhado por toda uma vida, não contribuíram com o sistema.[1]

Em 12.11.2019, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, nova redação foi dada ao inc. I do art. 201 da Constituição Federal, passando a constar que a previdência social dará, na forma da lei, "cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada".

O §10 do art. 201 também sofreu modificação, passando a constar a expressão "lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado". Antes dessa modificação, o termo utilizado era o "deverá", indicando uma atuação obrigatória do Poder Legislativo, o qual foi substituído pelo termo "poderá", sinalizando faculdade do Legislativo – que pode, ou não, ser exercida.

Nas normas internacionais, temos as convenções nºs 148, 155 e 167 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgadas no Brasil, respectivamente, pelos decretos nºs 93.413, de 15.10.1986, 1.254, de 29.9.1994 e 6.271, de 22.11.2007, os quais foram revogados pelo Decreto nº 10.088, de 5.11.2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal – que

[1] Redação atual: "É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela EC 103/2019)". Redação dada pela EC nº 20/1998: "§7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)". Redação original: "Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições: I - aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei".

dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil.

A Convenção nº 148 da OIT traz em seus arts. 9 e 10:

> Artigo 9: Na medida do possível, deverá ser eliminado todo risco devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no lugar de trabalho:
>
> a) mediante medidas técnicas aplicadas às novas instalações ou aos novos procedimentos no momento de seu desenho ou de sua instalação, ou mediante medidas técnicas aportadas às instalações ou operações existentes, ou quando isto não for possível;
>
> b) mediante medidas complementares de organização do trabalho.
>
> Artigo 10: Quando as medidas adotadas, em virtude do artigo 9, não reduzirem a contaminação do ar, o ruído e as vibrações no lugar de trabalho aos limites especificados em virtude do artigo 8, o empregador deverá proporcionar e conservar em bom estado o equipamento de proteção pessoal apropriado. O empregador não deverá obrigar nenhum trabalhador a trabalhar sem o equipamento de proteção pessoal proporcionado previsto neste Artigo.

Já a Convenção nº 155 da OIT assinala em seu art. 4:

> Artigo 4
>
> 1. Todo Membro deverá, mediante consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas e tendo em conta as condições e prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho.
>
> 2. Esta política terá por objetivo prevenir os acidentes e os danos para a saúde que sejam consequência do trabalho, guardem relação com a atividade de trabalho ou sobrevenham durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que seja razoável e factível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Por seu turno, a Convenção nº 167 da OIT, que trata sobre segurança e saúde na construção, traz em seu art. 30:

> Artigo 30: 1. Quando não for possível garantir por outros meios a proteção adequada contra riscos de acidentes ou danos para a saúde, inclusive aqueles derivados da exposição a condições adversas, o

> empregador deverá proporcionar e manter, sem custo para os trabalhadores, roupas e equipamentos de proteção pessoal adequados aos tipos de trabalho e riscos, em conformidade com a legislação nacional.

A leitura do inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal, dos arts. 9 e 10 da Convenção nº 148, do item 2 do art. 4 da Convenção nº 155 e do item 1 do art. 30 da Convenção nº 167, todas da OIT, veiculam o princípio do "risco mínimo", devendo, para tanto, serem avaliadas as condições laborais exercidas e o próprio meio ambiente de trabalho, visando identificar e reduzir os riscos laborais, estabelecendo os limites de tolerância de exposição aos riscos de modo a prestigiar, a um só tempo, o princípio da precaução e o princípio do risco mínimo.

Registra-se por necessário que a identificação e a compreensão dos riscos são fundamentais para a criação dos limites toleráveis para manutenção da saúde e segurança dos obreiros, conforme Amorim Junior (2013). O termo "risco", segundo Cléber Nilson Amorim Junior (2013), está associado "à possibilidade de exposição a um evento danoso ou a uma série de circunstâncias e situações que podem colocar em perigo a saúde e a vida dos trabalhadores".

Normativamente, os limites de tolerância são definidos pelo Ministério do Trabalho, conforme previsão da CLT, e, em caso de dúvida na fixação dos limites de tolerância, deve-se aplicar o princípio da precaução, decidindo-se em "prol do meio ambiente e contra o empreendedor", segundo Amorim Junior (2013).

Apesar da existência desses limites e de todo o normativo vigente visando à preservação da saúde do trabalhador por meio de um ambiente laboral saudável, essa não tem sido a prática nacional.

Consequentemente, como bem lembra Luiz Roberto Barroso (1994), a "eficácia jurídica das normas constitucionais traduz, tão-somente, a sua aptidão para produzir efeitos e a possibilidade de sua aplicação", cabendo também ao jurista "cuidar da eficácia social das normas constitucionais, investigando os instrumentos e mecanismos para realização, na prática, das normas e diretrizes constitucionais".

Nesse sentido, na condição de jurista e considerando que a certificação de um meio ambiente sadio é um direito constitucional do trabalhador, o qual é desrespeitado mediante o elevado número de acidentes apresentado, fez-se importante descobrir se a reparação pecuniária devida aos trabalhadores acidentados é minimamente garantida judicialmente, dado que sua negativa na esfera administrativa, pelo INSS, levou o tema a ser o mais julgado pela Seção de Direito Público do TJSP nos anos 2017 e 2018, conforme o anuário da *Justiça em números* (2019).

4 Metodologia

O recorte geográfico do presente estudo recaiu sobre o Tribunal de Justiça de São Paulo, por este possuir 2 (duas) Câmaras especializadas em acidentes de trabalho, ou seja, que julgam preferencialmente esse tema – quais sejam a 16ª e 17ª Câmaras de Direito –, além de ser considerado o maior tribunal do mundo em volume de processos, e o maior do Brasil em termos de força de trabalho, conforme dados do relatório *Justiça em números 2020*, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O recorte temporal realizado incidiu sobre os anos de 2017 e 2018, último biênio no qual os dados estavam completos, ou seja, todos os processos julgados já estavam disponíveis no sistema eletrônico do Tribunal, permitindo a realização de análises e comparações.

A pergunta que norteou este trabalho foi: qual o índice de reversibilidade das decisões do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que negam benefícios acidentários pelo Tribunal de Justiça de São Paulo?

O cálculo do índice teve como componentes a divisão do número total de acórdãos que reverteram a decisão do INSS pelo número total de acórdãos analisados no período, sendo todos submetidos à análise estatística com uso do *software IBM SPSS Statistics 20.0*. A hipótese é a de que a maioria – entendida como mais da metade – das decisões do INSS que negam benefícios acidentários é revertida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A fim de concretizar o ora posto, foi realizada uma pesquisa no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por meio da utilização da plataforma virtual disponibilizada no endereço eletrônico: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do. No campo "ementa" da plataforma virtual, foram utilizados, de forma separada e em pesquisas individualizadas, os termos "auxílio-acidente", "aposentadoria por invalidez" e "auxílio-doença", escolhendo, no campo "classes", os itens "reexame necessário", "apelação" e "reexame necessário/apelação". No campo "órgão julgador", foram escolhidas, de forma separada e individualizada, as 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público. Por fim, no campo "data de julgamento", foram inseridos os anos de 2017 e 2018.

Os resultados encontrados foram filtrados de acordo com sua pertinência temática, excluindo-se as ações de execução, as conversões dos julgamentos em diligência, as remessas dos processos para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os processos redundantes, ou seja, que apareciam mais de uma vez no período pesquisado, e os processos que não guardavam correlação com o assunto.

Todos os acórdãos encontrados referentes ao auxílio-doença e à aposentadoria por invalidez foram lidos e tabulados tanto da 16ª quanto da 17ª Câmara de Direito

Público. Já no tocante ao benefício do auxílio-acidente, diante do elevado número de ações encontrado e devido a uma limitação temporal, optou-se pela amostragem, escolhendo 5 (cinco) acórdãos por mês, por desembargador e por câmara, que foram analisados e tabulados. Essa seleção gerou 524 (quinhentos e vinte e quatro) acórdãos na 16ª Câmara, em 2017, e 413 (quatrocentos e treze) acórdãos em 2018. Na 17ª Câmara, os acórdãos atinentes ao benefício do auxílio-acidente totalizaram 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco), em 2017, e 445 (quatrocentos e quarenta e cinco) em 2018. Já os acórdãos filtrados de todos os benefícios acidentários – auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente – julgados pelas 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público do TJSP nos anos de 2017 e 2018 foram submetidos à análise estatística com uso do *software IBM SPSS Statistics 20.0*. Paralelamente, fez-se a comparação dos casos filtrados, INSS e primeira instância por ano (2017 *v.* 2018) e por câmara (16ª *v.* 17ª) para identificar alguma diferença entre as situações consideradas.

Para ambos os tipos de análise, optou-se pela média mensal de acórdãos nos períodos considerados (janeiro a dezembro de 2017 e 2018), pois isso permitiria uma análise estatística mais robusta e passível de verificação de significância. A coleta de dados chegou a um total de 36.734 (trinta e seis mil, setecentos e trinta e quatro) acórdãos encontrados, dos quais 4.960 (quatro mil, novecentos e sessenta) foram estudados.

Ressalta-se, por fim, que todas as ementas encontradas na pesquisa relacionadas aos termos "auxílio-doença acidentário" e "aposentadoria por invalidez acidentária" foram lidas, de modo a se identificar corretamente os casos com real pertinência temática, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo classifica todos os acórdãos envolvendo benefícios acidentários como "auxílio-acidente" no campo assunto. Essa forma de classificação feita pelo TJSP dificulta a realização de pesquisas empíricas, impondo, pelo menos para este artigo, a necessidade de filtragens manuais, pois tentativas de filtragem por meio do campo "assunto" só traziam resultados quando se utilizava o termo "auxílio-acidente", não existindo no sistema do Tribunal, dentro deste campo, a possibilidade de se pesquisar os termos "auxílio-doença acidentário" e "aposentadoria por invalidez acidentária".

5 Análise quantitativa dos resultados

Por meio do método utilizado, foram encontrados 36.734 (trinta e seis mil, setecentos e trinta e quatro) acórdãos, dos quais 4.960 (quatro mil, novecentos e sessenta) foram estudados. A diferença entre acórdãos encontrados e estudados, e divididos por ano, tipo de benefício e câmara, encontram-se resumidos no Quadro 2.

Quadro 2 – Diferença entre número de acórdãos encontrados e estudados

	Acórdãos de Auxílio-doença Identificados	Acórdãos de Auxílio-doença Analisados	Acórdãos de Aposentadoria por invalidez Identificados	Acórdãos de Aposentadoria por invalidez Analisados	Acórdãos de Auxílio-Acidente Identificados	Acórdãos de Auxílio-Acidente Analisados
Ano 2017, Julgamento 16ª Câmara	2.477	324	783	263	5.157	524
Ano 2018, Julgamento 16ª Câmara	2.551	281	733	259	5.079	413
Ano 2017, Julgamento 17ª Câmara	3.066	522	688	428	5.673	455
Ano 2018, Julgamento 17ª Câmara	3.355	566	710	480	6.462	445

Fonte: Elaboração própria.

A razão da diferença entre os acórdãos identificados e os analisados – no tocante ao benefício do auxílio-doença – decorre do fato de, em geral, constar das suas ementas a expressão "auxílio-acidente devido a partir do dia subsequente ao da cessação do último benefício de 'auxílio-doença'", o que acabou gerando resultados falsos positivos quando utilizado o termo "auxílio-doença" na plataforma virtual de pesquisa do TJSP.

Já no que se refere à aposentadoria por invalidez, a diferença de números reside no fato de que muitas ementas apontam que o trabalhador requereu "auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez", o que também gerou falsos positivos quando usado o termo "aposentadoria por invalidez".

No tocante ao benefício do auxílio-acidente, as razões da diferença entre os acórdãos identificados e analisados decorre do fato de o Tribunal de Justiça de São Paulo classificar todos os acórdãos envolvendo benefícios acidentários como "auxílio-acidente" no campo "assunto".

Já no tocante ao índice de reversibilidade, a Tabela 1 apresenta os resultados de 2017 e 2018 por benefício, independentemente da câmara considerada.

Tabela 1 – Índice de reversibilidade – INSS/Filtrados

		Filtrados				INSS				
Benefícios / ano	N	Mínimo	Máximo	Média	Desvio padrão	Mínimo	Máximo	Média	Desvio padrão	$I.R._{INSS/Filtrados}$
auxílio_doença_2018	24	7	95	35.29	22.05	5	79	27.46	19.55	77.8%
aposentadoria_por_invalidez_2018	24	8	79	30.79	18.03	5	61	22.33	14.45	72.5%
auxílio_acidente_2018	24	25	45	36.17	4.80	23	41	31.17	4.14	86.2%
auxílio_doença_2017	24	7	68	35.25	15.77	6	57	27.08	14.63	76.8%
aposentadoria_por_invalidez_2017	24	7	60	28.79	15.52	5	44	19.67	12.41	68.3%
auxílio_acidente_2017	24	30	50	40.79	5.39	24	43	34.92	5.26	85.6%

N: número de meses avaliados, considerando a 16ª e a 17ª Câmara. Mínimo: número mínimo de casos em um mesmo mês. Máximo: número máximo de casos em um mesmo mês. Média: média mensal dos casos no período indicado. Desvio-padrão: desvio-padrão dos casos no período considerado. I.R.INSS/Filtrados: Índice de reversibilidade INSS *versus* casos filtrados.

Fonte: Elaboração própria.

Como pode ser verificado, o benefício do auxílio-acidente foi o que apresentou maior índice de reversibilidade (86,2% em 2017 e 85,6% em 2018), seguido pelo benefício do auxílio-doença (77,8% em 2017 e 76,8% em 2018) e pelo benefício aposentadoria por invalidez (72,5% em 2017 e 68,3% em 2018). A proximidade dos números para uma mesma benesse (diferença máxima de 4.2 pontos percentuais quando comparados os dois períodos considerados) permite identificar a existência de níveis de reversibilidade diferentes entre INSS e casos filtrados em função do benefício considerado. Conclui-se que, para um mesmo benefício, o índice é razoavelmente constante, independente do ano.

A análise da Tabela 2 relaciona-se à 1ª Instância e aos casos filtrados.

Tabela 2 – Índice de reversibilidade – 1ª Instância/Filtrados

		Filtrados				1a. Instância				
Benefícios / ano	N	Mínimo	Máximo	Média	Desvio padrão	Mínimo	Máximo	Média	Desvio padrão	$I.R._{1a.Instância/Filtrados}$
auxílio_doença_2018	24	7	95	35.29	22.05	1	24	9.25	5.71	26.2%
aposentadoria_por_invalidez_2018	24	8	79	30.79	18.03	1	21	6.67	4.72	21.7%
auxílio_acidente_2018	24	25	45	36.17	4.80	1	9	3.88	1.90	10.7%
auxílio_doença_2017	24	7	68	35.25	15.77	1	20	8.96	5.31	25.4%
aposentadoria_por_invalidez_2017	24	7	60	28.79	15.52	1	20	7.58	5.26	26.3%
auxílio_acidente_2017	24	30	50	40.79	5.39	0	15	4.54	3.11	11.1%

N: número de meses avaliados considerando a 16ª e a 17ª Câmara. Mínimo: número mínimo de casos em um mesmo mês. Máximo: número máximo de casos em um mesmo mês. Média: média mensal dos casos no período indicado. Desvio-padrão: desvio-padrão dos casos no período considerado. I.R. 1ª Instância/Filtrados: Índice de reversibilidade 1ª Instância *versus* casos filtrados.

Fonte: Elaboração própria.

A exemplo da análise feita anteriormente, os índices para os três benefícios considerados estão muito próximos, independentemente do ano, sendo os valores mais altos para o auxílio-doença (26,2% em 2017 e 25,4% em 2018, diferença de 0,8 pontos percentuais), os intermediários para a aposentadoria por invalidez

(21,7% em 2017 e 26,3% em 2018, diferença de 4.7 pontos percentuais) e os mais baixos para o auxílio-acidente (10,7% em 2017 e 11,1% em 2018, diferença de 0,4 pontos percentuais).

Em comparação com o INSS/Filtrados, a relação 1ª Instância/Filtrados apresenta dois pontos importantes: o primeiro deles é que os valores de reversibilidade são menores. Isso indica que a interpretação da legislação infortunística e sua aplicação aos casos reais – feita por todos os juízes da 1ª Instância do Estado de São Paulo – são semelhantes, na maioria dos casos, com o posicionamento dos desembargadores integrantes das 16ª e 17ª Câmaras de Direito Público, especializadas em acidentes de trabalho. Essa semelhança pode ser reforçada pela existência de varas judiciais especializadas em acidentes de trabalho, ou seja, que só julgam essa matéria na cidade de São Paulo. O segundo é que os índices de reversibilidade dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez são muito próximos, ficando minimamente em 21,7% (2017), percentual maior que o dobro do índice de reversibilidade do auxílio-acidente no mesmo ano (10,7%) e quase o dobro do índice em 2018 (11,1%).

A diferença entre os índices de reversibilidade decorre de uma interpretação mais extensiva da legalidade feita pelos desembargadores, principalmente no que se refere à observância de elementos para a caracterização da invalidez social no tocante ao benefício da aposentadoria por invalidez e do reconhecimento de ser devido o benefício do auxílio-doença em casos de incapacidade parcial e temporária.

A pesquisa também verificou os níveis de reversão considerando-se duas situações: a) resultados da mesma câmara em anos diferentes e b) resultados de câmaras diferentes no mesmo ano. O objetivo de tais análises era verificar a existência de diferenças de comportamento na tomada de decisão entre as câmaras em um mesmo ano e a consistência na tomada de decisão de uma mesma câmara de um ano para outro. Para essa finalidade, foram realizados testes de comparação de médias pareadas (teste t, de *Student*, para médias pareadas), conforme Anderson, Sweeney e Williams (2013) e Hair, Black, Babin, Anderson e Tathan (2009). As médias referidas foram calculadas com base nas reversões mensais ocorridas em cada ano considerado (2017 e 2018). A seguir, são apresentadas algumas tabelas contendo os dados de reversão dos casos filtrados, INSS e 1ª Instância, por benefício e por câmara, comparando-se os anos de 2018 e 2017 (ver Tabelas 3 e 4).

Tabela 3 – Casos filtrados – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 16ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	23.42	12	10.87
auxílio_doença_16ª_2017	27.00	12	10.92
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	21.58	12	7.99
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	21.92	12	9.57
auxílio_acidente_16ª_2018	35.25	12	5.93
auxílio_acidente_16ª_2017	43.67	12	3.75

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 4 – Casos filtrados – 17ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_17ª_2018	47.17	12	24.30
auxílio_doença_17ª_2017	43.50	12	15.87
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	40.00	12	20.76
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	35.67	12	17.58
auxílio_acidente_17ª_2018	37.08	12	3.34
auxílio_acidente_17ª_2017	37.92	12	5.35

Fonte: Elaboração própria.

A análise estatística dos casos filtrados na 16ª Câmara, 2018 *v.* 2017 (Tabela 3) e na 17ª Câmara, 2018 *v.* 2017 (Tabela 4) mostrou não haver diferença significante entre os acórdãos identificados e os acórdãos analisados para os benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez na 16ª Câmara, e para todos os benefícios na 17ª Câmara, o que permite inferir que há um padrão que se protrai ao longo do tempo, gerando certa previsibilidade sobre os resultados que podem ser esperados em futuras pesquisas.

Para o caso do auxílio-acidente na 16ª Câmara, no tocante a acórdãos identificados e acórdãos analisados, foi encontrada uma diferença significante entre as médias dos casos filtrados ($t = -7.872(11)$, $p < 0{,}001$), podendo-se dizer que, para esse benefício, houve uma queda do ano de 2017 para o de 2018, o que significa que não é possível prever um padrão na relação entre acórdãos identificados e acórdãos analisados para a 16ª Câmara – exclusivamente no tocante ao benefício do auxílio-acidente –, o que pode ter decorrido da metodologia aplicada. Isso porque, ao se considerar todos os desembargadores relatores que tiveram acórdãos publicados no período, percebeu-se que somente alguns deles apareciam nos resultados da

pesquisa efetuada no benefício de tal auxílio e não nos demais, como no mês de julho de 2018, quando o Desembargador Marcos de Lima Porta teve apenas um processo julgado no qual foi relator, o de nº 001774-53.2013.8.26.0456, ou o Desembargador José Marcelo Tossi da Silva, com apenas um processo julgado no qual foi relator, em outubro de 2017. Essa inconsistência no número de desembargadores com processos julgados na 16ª acabou por gerar diferença significativa, inviabilizando o estabelecimento de um padrão entre casos identificados e analisados na 16ª Câmara no tocante ao benefício do auxílio-acidente. Apresentam-se outras tabelas comparativas.

Tabela 5 – INSS – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 16ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	15.58	12	7.45
auxílio_doença_16ª_2017	17.00	12	6.89
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	13.58	12	5.45
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	12.58	12	4.62
auxílio_acidente_16ª_2018	31.50	12	5.25
auxílio_acidente_16ª_2017	38.00	12	3.91

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 6 – INSS – 17ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_17ª_2018	39.33	12	20.87
auxílio_doença_17ª_2017	37.17	12	13.34
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	31.08	12	15.48
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	26.75	12	13.82
auxílio_acidente_17ª_2018	30.83	12	2.82
auxílio_acidente_17ª_2017	31.83	12	4.67

Fonte: Elaboração própria.

De forma semelhante, a análise estatística dos acórdãos que reverteram as decisões do INSS na 16ª Câmara nos anos de 2017 e 2018 (Tabela 5) não mostraram diferenças significantes para os benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, sendo ainda aplicado para todos os benefícios julgados pela 17ª Câmara (Tabela 6), o que confirma um padrão de julgamento com previsibilidade. Já para o caso do benefício auxílio-acidente, exclusivamente julgado pela 16ª Câmara

(Tabela 5), foi encontrada diferença significativa entre as médias de reversões (t = -6.627(11), p < 0,001), podendo-se dizer que, para essa benesse, houve uma queda do ano de 2017 para o de 2018. Tal fato pode decorrer da diferença apontada anteriormente na Tabela 3.

Consequentemente, não se pode estabelecer previamente um índice sem diferença relevante para os demais anos no tocante à 16ª Câmara de Direito Público – no que se refere ao benefício do auxílio-acidente (ver Tabelas 7 e 8).

Tabela 7 – 1ª Instância – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 16ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	6.83	12	3.33
auxílio_doença_16ª_2017	7.42	12	4.06
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	5.00	12	3.38
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	5.50	12	3.40
auxílio_acidente_16ª_2018	4.08	12	2.23
auxílio_acidente_16ª_2017	5.00	12	3.49

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 8 – 1ª Instância – 17ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_17ª_2018	11.67	12	6.67
auxílio_doença_17ª_2017	10.50	12	6.11
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	8.33	12	5.38
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	9.67	12	6.07
auxílio_acidente_17ª_2018	3.67	12	1.56
auxílio_acidente_17ª_2017	4.08	12	2.75

Fonte: Elaboração própria.

Pelas Tabelas 7 e 8, percebe-se que o índice de reversão das decisões de 1ª Instância pelas 16ª e 17ª Câmaras do TJSP seguiram o padrão esperado para todos os benefícios, tornando, portanto, possível prever o percentual de decisões de 1ª Instância que serão mantidas ou revertidas pelos desembargadores. Essa possibilidade de previsão está baseada em 2 (dois) fundamentos: o primeiro é de que a cidade de São Paulo possui varas especializadas que só julgam acidentes de trabalho, havendo, portanto, maior incidência em 2ª Instância de processos julgados em 1ª Instância por essas varas do que as demais varas estaduais; o segundo é

a existência de maior convergência na interpretação jurídica dos casos analisados pelas varas especializadas com a interpretação dada pelas 16ª e 17ª Câmaras.

Os resultados encontrados, assim, permitem afirmar que futuros estudos com a mesma metodologia, tema, legislação vigente e composição da Câmara, modificando-se apenas os períodos analisados, terão resultados similares aos encontrados neste artigo, o que possibilita um novo pensar sobre o cenário da judicialização do acidente de trabalho e a correlação dessa judicialização com os gastos públicos e a concretização efetiva do inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

6 Comparações de resultados entre as 16ª e 17ª Câmaras do TJSP

A última etapa da análise quantitativa concentrou-se na comparação de reversões entre as câmaras sob estudo dentro de um mesmo ano, de forma a verificar se há diferença significativa nas decisões tomadas por seus integrantes. Nessa fase, foram encontradas várias diferenças estatisticamente relevantes, o que significa dizer que as distinções entre os casos identificados e os filtrados (estudados) não permitem estabelecer um percentual único que seja replicável a um só tempo para ambas as Câmaras em relação a todos os benefícios, pois, ainda que, em 2018, a assimetria entre acórdãos identificados e estudados no tocante ao benefício do auxílio-acidente não possuísse diferença significante, em 2017 isso não ocorreu.

Isso porque a diferença significante em 2018 (Tabela 9) para o auxílio-doença foi ($t = -4.291(11)$, $p < 0,01$), enquanto para aposentadoria por invalidez foi ($t = -3.135(11)$, $p < 0,01$), destacando-se que o nível de reversão da 17ª Câmara é substancialmente maior que o da 16ª quando o recorte feito é o de casos filtrados.

No ano de 2017, a análise estatística dos casos filtrados na 16ª Câmara, 2017 *v.* 17ª Câmara, 2017 (Tabela 10) mostrou todos os benefícios com diferenças estatisticamente significantes, a saber: auxílio-doença ($t = -5.216(11)$, $p < 0,001$); aposentadoria por invalidez ($t = -3.536(11)$, $p < 0,01$) e auxílio-acidente ($t = 5.660(11)$, $p < 0,001$).

Essa situação permite afirmar que a forma de construção dos acórdãos pelas câmaras é distinta, ainda que ambas tenham competência exclusiva sobre a mesma matéria, o que produziu resultados divergentes ante a mesma metodologia aplicada.

Por conseguinte, é possível estabelecer um índice de correlação entre acórdãos identificados e estudados por câmara. Contudo, isso não ocorre quando se tenta reunir ambas as câmaras na mesma correlação, o que impõe que futuros estudos observem as câmaras de forma individual e não cumuladas.

Tabela 9 – Casos filtrados – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2018

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	23.42	12	10.87
auxílio_doença_17ª_2018	47.17	12	24.30
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	21.58	12	7.99
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	40.00	12	20.76
auxílio_acidente_16ª_2018	35.25	12	5.93
auxílio_acidente_17ª_2018	37.08	12	3.34

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 10 – Casos filtrados – 16ª Câmara 2017 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2017	27.00	12	10.92
auxílio_doença_17ª_2017	43.50	12	15.87
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	21.92	12	9.57
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	35.67	12	17.58
auxílio_acidente_16ª_2017	43.67	12	3.75
auxílio_acidente_17ª_2017	37.92	12	5.35

Fonte: Elaboração própria.

Quando se analisou – de forma comparativa – o índice de reversão das decisões do INSS pelas câmaras e por ano, foram elaboradas as seguintes tabelas (ver Tabelas 11 e 12):

Tabela 11 – INSS – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2018

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	15.58	12	7.45
auxílio_doença_17ª_2018	39.33	12	20.87
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	13.58	12	5.45
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	31.08	12	15.48
auxílio_acidente_16ª_2018	31.50	12	5.25
auxílio_acidente_17ª_2018	30.83	12	2.82

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 12 – INSS – 16ª Câmara 2017 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2017	17.00	12	6.89
auxílio_doença_17ª_2017	37.17	12	13.34
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	12.58	12	4.62
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	26.75	12	13.82
auxílio_acidente_16ª_2017	38.00	12	3.91
auxílio_acidente_17ª_2017	31.83	12	4.67

Fonte: Elaboração própria.

A análise estatística da reversão das negativas de concessão dos benefícios acidentários na 16ª Câmara, 2018 *v.* 17ª Câmara, 2018 (Tabela 11), e na 16ª Câmara, 2017 *v.* 17ª Câmara, 2017 (Tabela 12), mostrou situação exatamente igual à dos casos filtrados: inexistência de diferença para o benefício auxílio-acidente em 2018, mas existente em 2017 ($t = 6.423(11)$, $p < 0,00$) e diferenças significantes para os benefícios auxílio-doença em 2018 ($t = -4.737(11)$, $p < 0,01$) e em 2017 ($t = -6.335(11)$, $p < 0,001$), ocorrendo o mesmo com a aposentadoria por invalidez no ano de 2018 ($t = -4.085(11)$, $p < 0,01$) e em 2017 ($t = -3.983(11)$, $p < 0,01$). Nesses casos de diferença estatisticamente expressiva, constatou-se que o nível de reversão, na 17ª Câmara, das decisões do INSS é maior que o da 16ª Câmara nos benefícios da aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, não aplicando o mesmo ao benefício do auxílio-acidente, quando a 16ª Câmara assume a liderança na reversão.

Logo, quando se comparam os dados por câmara, percebe-se que a forma de julgar dos acórdãos, especialmente no tocante aos benefícios do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é diferente, ou seja, a 17ª Câmara concede consideravelmente mais benefícios do que a 16ª em relação à aposentadoria por invalidez e ao auxílio-doença, enquanto a 16ª Câmara concede mais benefícios do auxílio-acidente do que a 17ª Câmara (ver Tabelas 13 e 14).

Tabela 13 – 1ª Instância – 16ª Câmara 2018 ***v.*** 17ª Câmara 2018

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2018	6.83	12	3.33
auxílio_doença_17ª_2018	11.67	12	6.67
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2018	5.00	12	3.38
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2018	8.33	12	5.38
auxílio_acidente_16ª_2018	4.08	12	2.23
auxílio_acidente_17ª_2018	3.67	12	1.56

Fonte: Elaboração própria.

Tabela 14 – 1ª Instância – 16ª Câmara 2017 ***v.*** 17ª Câmara 2017

Dados amostrais	Média	N	Desvio padrão
auxílio_doença_16ª_2017	7.42	12	4.06
auxílio_doença_17ª_2017	10.50	12	6.11
aposentadoria_por_invalidez_16ª_2017	5.50	12	3.40
aposentadoria_por_invalidez_17ª_2017	9.67	12	6.07
auxílio_acidente_16ª_2017	5.00	12	3.49
auxílio_acidente_17ª_2017	4.08	12	2.75

Fonte: Elaboração própria.

A análise estatística dos casos da 1ª Instância na 16ª Câmara, 2018 *v.* 17ª Câmara, 2018 (Tabela 13), e 1ª Instância na 16ª Câmara, 2017 *v.* 17ª Câmara, 2017 (Tabela 14), mostrou que ambas as câmaras, tanto em 2017 quanto em 2018, apresentaram previsibilidade no tocante à reversão das sentenças de 1ª Instância referentes ao benefício do auxílio-acidente, havendo, portanto, uma convergência de entendimentos entre 1ª Instância em ambas as câmaras, com maior reversão das sentenças judiciais de 1ª Instância no tocante ao benefício do auxílio-acidente pela 16ª Câmara.

Contudo, esse resultado não se aplica ao benefício do auxílio-doença nos anos de 2017 e 2018 e ao da aposentadoria por invalidez em 2017, que apresentaram diferenças com significância estatística, respectivamente ($t = -2.210(11)$, $p < 0,05$), ($t = -2.525(11)$, $p < 0,05$) e ($t = -2.661(11)$, $p < 0,05$), uma vez que, como já visto anteriormente, a 17ª Câmara concede mais benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, o que gera uma maior reversão das sentenças de 1ª Instância quando comparadas com a 16ª Câmara.

Esse resultado confirma os achados das Tabelas 11 e 12, nas quais a 17ª Câmara tinha prevalência na reversão das decisões do INSS quanto aos benefícios da aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, enquanto a 16ª Câmara liderava as reversões no benefício do auxílio-acidente.

Os dados também permitem dizer que a 16ª e a 17ª Câmaras do TJSP julgam e constroem os acórdãos de forma distinta, o que viola o imperativo de uniformização decorrente do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, abrindo possibilidades de que casos idênticos possam ter resultados distintos a depender da câmara julgadora, gerando insegurança jurídica, instabilidade e incoerência, justamente o que o retromencionado art. 926 visa evitar.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção (2016, p. 2.332) assevera:

> [...] a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência.

Logo, considerando que no presente trabalho não foi possível estabelecer um percentual único que seja replicável a um só tempo para ambas as câmaras em relação a todos os benefícios, observa-se claramente a ocorrência de oscilação de julgados, decorrente de formas distintas de interpretação jurídica, o que torna inviável a consolidação de um exclusivo entendimento jurídico sobre determinado tema. Tal fator torna instável o ordenamento jurídico, prejudicando a credibilidade institucional e reduzindo a sua eficácia, considerando que, diante de resultados diferentes para casos idênticos, mais recursos judiciais serão interpostos, desta feita para tribunais superiores.

7 Conclusão

A exposição dos motivos da Consolidação das Lei do Trabalho apresenta sua finalidade de eliminar "a persistência de privilégio para categorias de trabalhadores, de modo a se ter uma igualdade de tratamento para situações sociais idênticas", o que, conforme pode-se inferir neste estudo, ainda não ocorreu.

Isso porque a alta reversibilidade das decisões administrativas pela esfera judicial demonstrada, sendo de 72,5% em 2017 e 68,3% em 2018 para o benefício da aposentadoria por invalidez acidentária, 86,2% em 2017 e 85,6% em 2018 do auxílio-acidente, e 77,8% em 2017 e 76,8% em 2018 do auxílio-doença acidentário,

leva à afirmação de que há não só uma frustração das expectativas do cidadão no cumprimento dos deveres relacionados à seguridade social pelo Estado, como também fomenta uma busca cada vez maior pela guarida judicial por meio da judicialização.

Essa judicialização é perversa, pois os cidadãos com maiores recursos financeiros e conhecimento de seus direitos terão acesso a advogados particulares especializados na matéria, o que lhes permitirá ingressar com ação judicial e obter eventual manifestação favorável, conseguindo o benefício acidentário em detrimento de outros cidadãos que, em idêntica situação, mas por falta desses recursos, receberão a negativa do INSS. Eles poderão recorrer, quando muito, administrativamente, fazendo os recursos de próprio punho e aguardando na interminável fila dos processos administrativos para obtenção, revisão ou manutenção de benefícios, o que gera, indubitavelmente, iniquidade na distribuição de recursos e viola a igualdade de tratamento.

Ademais, os dados trazidos por este artigo confirmaram a hipótese de que a maioria – entendida como mais da metade – das decisões do INSS que negam benefícios acidentários é revertida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, apontando, ainda, que a 17ª Câmara de Direito Público tinha prevalência na reversão das decisões do INSS nos benefícios da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença, enquanto a 16ª Câmara liderava as reversões no benefício do auxílio-acidente, além de permitir afirmar que a forma de construção dos acórdãos pelas câmaras é distinta, ainda que ambas tenham competência exclusiva sobre a mesma matéria.

Por conseguinte, é possível estabelecer um índice de correlação entre acórdãos identificados e estudados por câmara. Contudo, o mesmo não ocorre quando se tenta reunir ambas na mesma correlação.

Logo, é possível afirmar que casos idênticos podem vir a ter resultados distintos a depender da câmara julgadora, o que gera insegurança jurídica, instabilidade e incoerência, violando o imperativo de uniformização decorrente do art. 926 do Código de Processo Civil de 2015.

Também foi possível estabelecer o índice de reversão das decisões de 1ª Instância pelas 16ª e 17ª Câmaras do TJSP, pois esses seguiram o padrão esperado para todos os benefícios, tornando, portanto, possível prever o percentual de decisões de 1ª Instância que serão mantidas ou revertidas pelos desembargadores.

Ademais, os dados coletados apontam para a real necessidade de se repensar e se rediscutir a efetivação do inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal de 1988, o qual versa sobre a redução dos riscos inerentes ao trabalho, considerando a manutenção de elevado patamar de ocorrências ao longo dos anos, mesmo diante do aumento da informalidade e do desemprego.

A judicialização do acidente de trabalho também gera majoração dos gastos públicos, pois cada nova ação judicial proposta demanda mais do aparato administrativo do Poder Executivo e da estrutura do Poder Judiciário para solver os conflitos, lembrando que, no caso de reversibilidade das decisões do INSS pelo TJSP, os valores devidos são pagos retroativamente – com incidência de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Nesse sentido, inclusive, a existência dos altos índices de reversibilidade das decisões administrativas do INSS fomenta uma judicialização cada vez maior, gerando um ciclo vicioso no qual todos perdem.

Essa judicialização tende a crescer, considerando as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, especialmente o art. 26, *caput* e §2º, III, acerca do cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente de natureza não acidentária. Nesses casos, considera-se que o valor do benefício corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida pela legislação vigente, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, enquanto o cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente de natureza acidentária corresponderá a 100% da média aritmética definida pela legislação vigente.

Por conseguinte, é possível que inúmeros trabalhadores que venham a se aposentar por incapacidade permanente de natureza não acidentária busquem, no Poder Judiciário, a conversão de sua aposentadoria em aposentadoria por incapacidade permanente de natureza acidentária, diante da considerável diferença de valores decorrentes dos percentuais aplicados a cada espécie de aposentadoria.

Por fim, apenas com estudos qualitativos e quantitativos que revelem a real dimensão da questão acidentária no país e o sofrimento do trabalhador brasileiro que se acidenta ou adoece – mental ou fisicamente – no ambiente laboral é que podemos ter políticas concretas e duradouras que de fato modifiquem as condições do colaborador brasileiro, tornando-o mais saudável e produtivo – o que trará ganhos econômicos e sociais.

Referências

AMORIM JUNIOR, Cléber Nilson. *Segurança e saúde no trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8. Bahia: Viva, 2016. Volume único.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, v. 197, p. 30-60, 1994.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Previdência Social (MPS). *Anuário Estatístico da Previdência Social*. Brasília: MTPS, 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994*. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 6.271, de 22 de novembro de 2007*. Promulga a Convenção nº 167 e a Recomendação n o 175 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Segurança e Saúde na Construção, adotadas em Genebra, em 20 de junho de 1988, pela 75 a Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6271.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986*. Promulga a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d93413.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.331, de 04 de maio de 2022*. Altera a Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para dispor sobre o pagamento de honorários periciais e sobre os requisitos da petição inicial em litígios e em medidas cautelares relativos a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade; e revoga dispositivo da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14331.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 18 fev. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ. 2019.

CORDEIRO, Ricardo *et al*. Subnotificação de acidentes do trabalho não fatais em Botucatu, SP, 2002. *Revista de Saúde Pública*, v. 39, p. 254-260, 2005.

CORREA, Paulo Roberto Lopes; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. A subnotificação de mortes por acidentes de trabalho: estudo de três bancos de dados. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 12, n. 4, p. 203-212, 2003.

COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de acidente do trabalho*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CUSCIANO, Dalton Tria. A comunicação de acidente de trabalho nos processos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos anos de 2017 e 2018. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, v. 26, n. 51, p. 240-259, 2023.

CUSCIANO, Dalton Tria. *A trajetória normativa da seguridade social no Brasil*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CUSCIANO, Dalton Tria. *Acidentes de trabalho no Brasil*: história, regulação e judicialização. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28832. Acesso em: 18 fev. 2023.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Acidentes do trabalho*: doenças ocupacionais e nexo técnico epidemiológico. São Paulo: Método, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HAIR, Joseph F. *et al*. *Análise multivariada de dados*. [s.l.]: Bookman, 2009.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (PNAD)* – 2013. Disponível em: http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=1878&z=pnad&o=3&i=P. Acesso em: 15 fev. 2023.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (PNAD)* – 2022. Disponível em: http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=1878&z=pnad&o=3&i=P. Acesso em: 15 fev. 2023.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Gianncarlo Camargo. *Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dicionário Novaes de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Portaria 3.214, de 08 de junho de 1978*. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/1978/portaria_3-214_aprova_as_nrs.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das obrigações: danos à pessoa. Acidentes de trabalho. São Paulo: RT, 2012. t. LIV.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidente do trabalho e doença ocupacional*: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. *Revista LTr*, v. 63, n. 5, 1999.

OBSERVATÓRIO DIGITAL DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO. *Smartlab de Trabalho Decente MPT – OIT*. 2021. Disponível em: http://observatoriosst.mpt.mp.br. Acesso em: 15 fev. 2023.

OLIVEIRA, José. *Acidentes do trabalho*: teoria, prática, jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2016.

OPTIZ, Oswaldo; OPTIZ, Sílvia. *Acidentes e doenças profissionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 148 da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236121/lang–pt/index.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 155 da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang–pt/index.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 167 da OIT*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236245/lang–pt/index.htm. Acesso em: 14 jun. 2023.

PAOLESCHI, Bruno. *Cipa*: guia prático de segurança do trabalho. São Paulo: Érica, 2009.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *A defesa processual do meio ambiente do trabalho*: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUES, Otávio Kolowski; FLEISCHMANN, Rogério Uzun; SANTOS, Ana Amélia Ferreira dos. Subnotificação de acidentes do trabalho com morte no estado do Rio Grande do Sul em 2016: discrepâncias das estatísticas previdenciárias oficiais. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 1, n. 1, p. 151-180, 2019.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SANTANA, Vilma; NOBRE, Letícia; WALDVOGEL, Bernadette Cunha. Acidentes de trabalho no Brasil entre 1994 e 2004: uma revisão. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 10, p. 841-855, 2005.

SWEENEY, Dennis J.; WILLIAMS, Thomas A.; ANDERSON, David R. *Estatística aplicada à administração e economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CUSCIANO, Dalton Tria. O Tribunal de Justiça de São Paulo e o INSS: um estudo estatístico sobre as ações acidentárias julgadas entre 2017 e 2018. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 497-537, jul./dez. 2023.

A CRIMINOLOGIA DO SER-AQUI: UMA RESISTÊNCIA LATINO-AMERICANA AO PODER PUNITIVO INFORMAL

THE CRIMINOLOGY OF BEING-HERE: A LATIN AMERICAN RESISTANCE TO INFORMAL PUNITIVE POWER

Welton Roberto

Doutor em Justiça Penal Internacional pela Università degli Studi di Pavia, Itália. Doutor em Processo Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Alagoas. Professor dos cursos de Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Advogado criminalista. *E-mail*: weltonroberto@fda.ufal.br.

Mário Jorge Ferreira da Silva Júnior

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar Senador Arnon de Mello/PMAL. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Capitão da Polícia Militar de Alagoas. *E-mail*: mjferreira84@gmail.com.

Resumo: O objetivo essencial desta resenha crítica é apresentar uma das obras mais recentes do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que nos faz remeter a análises importantes sobre fenômenos como o poder punitivo aplicado na América do Sul, sua ligação à justificativa apresentada pelo que denomina criminologia do Norte, ocasionados pelo colonialismo tardio, que geram uma macrocriminalidade organizada e um totalitarismo financeiro capazes de causar sofrimento e destruir pessoas que estão subjugadas a este sistema. Trata-se de uma obra que nos descortina, a partir de um contexto histórico, a invisibilidade perante a origem do sistema punitivo aplicado no Brasil e nos países vizinhos e nos traz uma reflexão desafiadora de como o Estado se impõe ao fenômeno da criminalidade, de modo a reproduzir características de uma punibilidade informal. Diante disto, o autor sustenta uma maneira de resistir a este imperialismo por meio dos saberes populares, de forma a criar uma criminologia atrelada à realidade em que vivem os países latino-americanos, para buscar uma solução dos seus problemas e se emanciparem das raízes dominadoras: um saber denominado criminologia do ser-aqui.

Palavras-chave: Poder punitivo. Totalitarismo financeiro. Macrocriminalidade organizada. Colonialismo tardio. Criminologia do ser-aqui.

Abstract: The essential objective of this critical review is to present one of the most recent works by Argentine jurist Eugenio Raúl Zaffaroni, which makes us refer to important analyzes on phenomena

such as punitive power applied in South America, its connection to the justification presented by what he calls northern criminology, caused by late colonialism, which generate organized macrocrime and financial totalitarianism capable of causing suffering and destroying people who are subjugated to this system. This is a work that reveals to us, from a historical context, the invisibility of the origins of the punitive system applied in Brazil and neighboring countries and brings us a challenging reflection on how the State imposes itself on the phenomenon of crime, in order to reproduce characteristics of informal punishment. In view of this, the author supports a way of resisting this imperialism through popular knowledge, in order to create a criminology linked to the reality in which Latin American countries live, to seek a solution to their problems and emancipate themselves from dominating roots: a knowledge called criminology of being-here.

Keywords: Punitive power. Financial totalitarianism. Organized macrocrime. Late colonialism. Criminology of being-here.

Sumário: **1** Notas introdutórias: Zaffaroni e o poder punitivo – **2** A criminologia do Norte, o totalitarismo financeiro e a macrocriminalidade organizada: consequências do poder punitivo – **3** A colonização punitiva, o colonialismo tardio e a reprodução delitiva – **4** As táticas de resistência e a metodologia dos saberes populares: poderes emancipatórios – **5** Notas finais: a criminologia do ser-aqui – Referências

Summary: **1** Introductory notes: Zaffaroni and punitive power – **2** Northern Criminology, financial totalitarianism and organized macrocrime: consequences of punitive power – **3** Punitive colonization, late colonialism and criminal reproduction – **4** Resistance tactics and the methodology of popular knowledge: emancipatory powers – **5** Final notes: the Criminology of being-here – References

1 Notas introdutórias: Zaffaroni e o poder punitivo

O livro *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a Criminologia do ser-aqui* (Da Vinci Livros; 167 páginas; R$50,00), do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, contém uma linguagem clara, concisa, simples e precisa, não obstante a dificuldade da matéria sob o qual recai seu estudo, de maneira a apresentar, metodologicamente, em dezessete capítulos, uma crítica ao poder punitivo arraigado na América do Sul, voltada para o encarceramento em massa, em que pretende uma teoria criminológica com o olhar voltado para a realidade dos países latino-americanos, consistente em uma verdadeira rejeição ao sistema.

O autor, entre as mais diversas atuações na área jurídica que desempenhou, destacou-se como Ministro da Suprema Corte de Justiça da Argentina (2003-2014) e, desde 2015, integra a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na condição de juiz. Possui extenso currículo na carreira acadêmica, em que se pode destacar os títulos de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Nacional do Litoral (UNL) e o título de Doutor *Honoris Causa* em quarenta e cinco universidades da América Latina, além de ser autor de mais de vinte e cinco livros.[1]

[1] Informações sobre o resumo da vida acadêmico-profissional do autor constantes na segunda orelha, na contracapa do livro em análise.

Além de fazer um introito sobre as noções de poder punitivo e seus desdobramentos, o livro traz, no primeiro grande eixo temático, o estudo sobre a criminologia do Norte, a macrocriminalidade organizada e o totalitarismo financeiro que condicionam os países do eixo sul-americano a utilizarem a punição como meio de subjugar seus cidadãos.

No segundo eixo o autor demonstra, através de um contexto histórico, as razões que levaram a dominação dos países da Europa e Estados Unidos da América durante os mais de quinhentos anos desde o desbravamento, por meio do colonialismo tardio, da colonização punitiva e da funcionalidade da reprodução delitiva.

No último eixo temático, Zaffaroni se concentra em apresentar uma criminologia de táticas de resistência baseada em metodologias de saberes populares que culminam numa nova perspectiva de criminologia, a do ser-aqui, que tem o condão de confrontar o poder punitivo formal e informal da fase colonial tardia, que implica o nosso modo de viver dos dias atuais.

Antes de aprofundar no pensamento do autor, constante da essência da obra, é mister debruçarmos sobre o conceito de poder punitivo trazido no livro. Assim, entendemo-nos como o poder exercido por ação de funcionários do Estado, ou por omissão, quando estes permitem que outros o exerçam. Destarte, segundo o autor, o poder punitivo se desdobraria em formal e informal.

O exercício formal se daria quando agentes especiais do Estado, a exemplo dos juízes, formalizam e habilitam, por meio do encarceramento de pessoas (prisão) ou outros meios menos graves à liberdade, o poder exercido pelas agências executivas estatais, que é classificado como poder punitivo informal, em que seus funcionários, denominados policiais, o fazem de forma paralela ou subterrânea.[2]

À guisa do exposto, é possível abstrair este pensamento, trazendo à realidade brasileira, em que as forças policiais, muitas vezes sob o argumento de combate à criminalidade e proteção do interesse público, maculam os direitos e garantias fundamentais, bem como violam os preceitos legais, *v.g.*, por meio de homicídios, torturas, lesões corporais, violações domiciliares etc., enquadrando-se neste sistema paralelo em que Zaffaroni denomina direito penal subterrâneo.[3]

Esse conceito contraria o modelo teórico de política criminal conhecido por direito penal do inimigo, de Gunter Jakobs,[4] que tende a legitimar o "sistema subterrâneo" em aceitar o encarceramento como local adequado ao ser humano

[2] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 17.

[3] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

[4] JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

marginalizado. Zaffaroni, como dito, considera este cenário como o poder punitivo informal, que seria legitimado pelos juízes, que fariam vista grossa para tais arbitrariedades estatais, culminando com o poder punitivo formal, que adota o saber jurídico-penal ou ciência do direito penal, elaborado nas universidades, para racionalizar esta tarefa.

Neste momento, o autor afirma que a "nossa região", referindo-se aos países da América do Sul, importou esse saber jurídico-penal do Hemisfério Norte, referindo-se aos países da Europa, e o reproduziu como método de "análises de textos e de reconstrução sob a forma de um sistema (dogmático)".[5] Desta maneira, este sistema assinalaria a função a ser cumprida pelos funcionários estatais responsáveis em garantir a continuidade do poder punitivo formal, de modo a instigar os juízes a habilitá-lo como um projeto de Estado.

Ademais, Eugenio Raúl Zaffaroni assevera que o tal saber jurídico-penal, que é reproduzido dos países do Norte, é extremamente seletivo quando do seu exercício formal, posto que uma maioria massiva a que se direcionam as prisões compreendem pessoas pobres, extremamente discriminadas e acusadas de crimes grosseiros contra a propriedade, posto que o principal combustível do poder punitivo seria a vingança, que decorre de um impulso estrutural.

Por conseguinte, é neste sentido que Luís Augusto Sanzo Brodt[6] aduz que Eugenio Raúl Zaffaroni concebe o direito penal sob a perspectiva funcional redutora, reconhecendo o caráter político funcional dos conceitos jurídico-penais, em que deve a pena ser: "[...] uma manifestação de poder que o poder dos juristas pode limitar ou conter, porém, não eliminar. Portanto, somente resulta racional uma teoria do direito penal que o programe para reduzir o poder punitivo até o limite do poder de decisão dos juízes".[7]

Por sua vez, destaca o autor que a criminologia, nascida para "explicar as causas do crime e justificar o poder punitivo com dados do mundo do ser"[8] surgiu na Europa no final do século XIX, mas teria sido importada para a região colonizada (América Central e do Sul) omitindo o poder punitivo, a fim de justificar os massacres e genocídios causados desde o "descobrimento".[9]

---

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 19.

6 BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 97-136, 2010. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/119/115. Acesso em: 12 jan. 2023.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 101.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 23.

9 Faz-se referência ao lançamento das expedições marítimas de Espanha e Portugal que culminaram, respectivamente, à chegada dos habitantes da península ibérica ao continente americano, já habitado

Somente com a mudança de paradigma que incorporou o poder punitivo de forma positiva, denominada criminologia da reação social, é que se revelaram as características reais desse poder, entre as quais estão a seletividade incidente nos marginalizados, nos excluídos e nos dissidentes, distribuído pela vulnerabilidade associada aos estereótipos,[10] que pode ser indubitavelmente percebida até os dias de hoje.

2 A criminologia do Norte, o totalitarismo financeiro e a macrocriminalidade organizada: consequências do poder punitivo

A criminologia do Norte (Europa), a que Zaffaroni faz referência, é relatada como uma criminologia de ausências, por ocultar os genocídios causados pelos seus Estados, que assassinaram em massa as populações colonizadas do Sul (América), como também, logo depois, o faz com seus próprios cidadãos. Somente após revelar as características do poder punitivo, pela já citada mudança de paradigma, esta criminologia tratou de enxergar como esse poder era exercido nas suas sociedades.

Durante esta fase crítica, de mudança progressista da criminologia do Norte, observou-se que o poder havia mudado profundamente com a subordinação do aparelho financeiro sobre o produtivo, de forma que as corporações ganhavam poder e os Estados decaíam.

A financeirização econômica produziu um grande encarceramento nos Estados Unidos, com taxas nunca vistas antes na história, pelo *slogan* de tolerância zero, que acabou incentivando o encarceramento na América do Sul, porém, sem a mesma funcionalidade econômica norte-americana.[11]

Assim, o autor afirma que a hipertrofia financeira começou a tomar lugar da política no Hemisfério Norte, fazendo com que os políticos dos países se tornassem reféns ou lobistas, condicionando o surgimento do que chamou de totalitarismo financeiro, em que as lideranças totalitárias são exercidas pelos presidentes das empresas.

Não é muito difícil situarmos este totalitarismo financeiro mencionado por Zaffaroni no contexto atual, em que o dinheiro e o poder das macroempresas movem

pelos seus povos originários, dando início ao período de colonização e disputa exploratória.

[10] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 23.

[11] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 27.

os destinos de grandes nações e condicionam a subordinação de países menos abastados, inclusive sua interferência na política e nas decisões estratégicas, numa total ausência de escrúpulos éticos e legais dos seus gestores.

Dessarte, esta falta de escrúpulos forçado destes gestores teria transformado o poder totalitário financeiro do Norte em um enorme aparelho mundial de macrocriminalidade organizada, em outras palavras um verdadeiro crime organizado que comete delitos de dimensão macrossocial, como estelionatos, administrações fraudulentas, extorsões, ecocídios, subornos, evasões de divisas, concorrência desleal, fraude fiscal, exploração de mão de obra escrava, rebeliões, apropriações de recursos naturais, perseguição política, censura, prevaricação etc.[12]

Com isso, o autor dialoga com o pensamento de Jesús María Silva Sánchez,[13] que compreende, na acepção da expansão do direito penal da globalização, uma tendência nas legislações nacionais em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a macrocriminalidade organizada e a corrupção, substratos da delinquência transnacional. Diante disso, examina-se a incidência da globalização econômica sobre o direito penal, levando-se em conta a macrocriminalidade organizada.[14]

Em continuidade, Zaffaroni assevera que a macrocriminalidade organizada adquire vultuosos rendimentos que são injetados em locais seguros, os paraísos fiscais, formando um sofisticado sistema global de acobertação de ilícitos. Com isso aduz ser o totalitarismo financeiro atual o poder exercido pela macrocriminalidade organizada do Norte, que concentra a riqueza em 1% da humanidade, alçada numa oligarquia planetária, que é ocultada pela criminologia do Norte, como o fez em relação aos massacres e genocídios, continuando a centrar sua atenção no poder punitivo formal, conforme salienta o autor:

> Se por norte entendemos – provisoriamente – a Europa e os Estados Unidos, e por sul a nossa América, é verificável que lá predomina o poder punitivo formal, e que seu exercício informal demasiado ostensivo é motivo de escândalo; em vez disso, aqui não se pode negar o amplo predomínio do seu exercício informal.[15]

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 30.

[13] SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

[14] SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 97.

[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 35.

Deste modo, observa-se que a dita criminologia do Norte se mostra juriscêntrica, posto que ancora sua atenção ao poder punitivo formal, selecionando os "estranhos às suas sociedades", como na Europa contra os extracomunitários e os islâmicos, bem como nos Estados Unidos contra os latinos e negros, o que impede de se libertar do direito penal. Apesar da mudança de paradigma do delinquente para a reação social, a referência de estudo teria continuado a ser o crime.

Por outro lado, já no sul da América ocorre a predominância elevada do poder punitivo informal ocasionado por fenômenos como a autonomização das polícias, execuções sem processo, torturas, grupos parapoliciais, altas taxas de morte violenta, impunidade de homicídios, acobertamento do tráfico de drogas, além de carências sanitárias, subnutrição, violência institucional, entre outros citados pelo autor, ocasionando o "genocídio por gotejamento em ato", um massacre parcimonioso, de continuidade inexorável, típico da nossa região.[16]

3 A colonização punitiva, o colonialismo tardio e a reprodução delitiva

Neste ponto do livro, Eugenio Raúl Zaffaroni demonstra, por meio de fatos históricos relevantes, que o colonizador europeu trouxe o poder punitivo quando da sua chegada ao continente recém-encontrado em 1492, desde a visão eurocentrista, ao se deparar com os índios, que seriam, citando Hegel, "inferiores e sem cultura", ou os africanos, que sequer eram considerados humanos, pois não tinham alma, dando margem ao genocídio praticado, que quase exterminou os povos originários, sob tais argumentos de superioridade.

Logo, o que veio a trazer hegemonia à Europa, neste momento da História, foi justamente a ocupação policial (colonizativa) da América, que se transformou em um imenso campo de trabalho forçado através do genocídio dos nativos e do transporte dos africanos escravizados para extrair todas as riquezas naturais encontradas, fazendo uso da sua superioridade tecnológica. Sem isso, a Europa jamais teria se tornado hegemônica no sistema mundial.

A partir dessa dominação, surgiu a hierarquização do conceito de raça na sociedade colonizada, vinculada à quantidade de melanina no corpo. O autor diz:

> [...] as raças foram inventadas para hierarquizar o pessoal do imenso campo de trabalhos forçados: na base, os índios e os negros, meros

[16] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 38.

> aparelhos de extração; um pouco mais acima os mestiços e mulatos, algo rebeldes à subjetivação subordinada, devido à sua melanina menor; depois, os filhos dos colonizadores, que pretendiam compartilhar a herança adiantada dos seus pais; no topo, os colonizadores, em sua maioria de população europeia marginal.[17]

Ademais, Zaffaroni analisa o contexto histórico da Revolução Industrial a partir da Europa, em que foram fomentados os surgimentos das cidades europeias a partir das matérias-primas e pagamentos fornecidos pelo trabalho forçado nas colônias, gerando uma série de transformações e o surgimento de teorias, como o do delinquente nato de César Lombroso,[18] que estigmatizava o criminoso por meio de suas características físicas, bem como fornecendo elementos que serviram ao surgimento do fascismo e do nazismo.

Analisa ainda a Revolução Industrial na perspectiva dos colonizados, que culminou com a decadência do Império ibérico e com a formação de oligarquias nos países até então dominados, mas que eliminaram os libertadores, estabelecendo boas relações com potências emergentes como a Grã-Bretanha, facilitando um neocolonialismo. Todavia, a estrutura social racista permaneceu intacta, promovendo a divisão entre classes sociais e os massacres ocasionados por disputas de libertação nos países da América do Sul.

Para se aproximar da melhor explicação do exercício atual do poder punitivo na nossa região, Zaffaroni explica que o colonialismo de hoje não é exercido por imperadores ou estadistas, mas pela macrocriminalidade financeira organizada, aos quais o subordinam, classificando esta etapa como colonialismo tardio. Não se trata mais de um poder que invade territórios e os domina, mas ocorre pela distorção dos fatos por meio dos recursos tecnológicos e meios de comunicação social.

Há, portanto, a perversão da democracia pelas táticas de desinformação e pela informação falsa. Os objetivos do poder punitivo do colonialismo tardio se valem de ameaças aos juízes e políticos de os lançarem na "fogueira midiática", para se curvarem ao seu discurso de guerra inventada contra a delinquência e a corrupção, instalando, no governo, agentes locais da macrocriminalidade organizada para que subjuguem seus interesses econômicos.[19]

---

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 64.

18 LOMBROSO, César. *O homem delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 79.

Portanto, o poder punitivo deste colonialismo tardio exige o grande encarceramento, que promove a superlotação dos presídios, como é visto no Brasil e demais países latino-americanos, comparando-se a verdadeiros campos de concentração. E os juízes, segundo o autor, promotores do poder punitivo formal, se veem obrigados a manterem prisões e condenações, muitas vezes ilícitas ou de tortura, sob o risco de serem acusados de libertação indiscriminada de criminosos perigosos.[20]

Dentro desta dinâmica, o autor aduz que a função manifesta do poder punitivo formal é mentirosa, porque não se previne o que se reproduz. Claro! É o que torna um verdadeiro ciclo vicioso e reprodutivo. Escolhem-se os criminalizados mais aptos a reproduzir a delinquência, quais sejam os jovens das classes subalternas e que estão sob frequente discriminação cruzada, tornando-os mais vulneráveis pela sua fragilidade social (*v.g.*, analfabetismo, falta de formação profissional) e fragilidade subjetiva (*v.g.*, reconhecimento de que é ladrão).

Diante disto, Eugenio Raúl Zaffaroni identifica, no livro, seis funções que contribuem para a reprodução da delinquência contra a propriedade, as quais enumeramos: 1) promoção da demanda por maior exercício do poder punitivo pelos próprios excluídos; 2) debilidade do sentimento de comunidade e pertencimento; 3) legitimação da elevada letalidade do poder punitivo informal; 4) promoção da caricatura imitativa das classes hegemônicas; 5) condicionamento dos governos populares ao encarceramento em massa; e 6) imunização do poder punitivo hegemônico e informal.[21]

4 As táticas de resistência e a metodologia dos saberes populares: poderes emancipatórios

Em virtude de aparecer, em primeiro plano, como executor dos genocídios coloniais e sustentáculo da hierarquização racista da nossa sociedade, o poder punitivo não pode ser ocultado pela criminologia do ser-aqui. O autor alerta que, para isso, não basta meramente relatá-lo, sob pena de recair em uma narrativa de atrocidades e sofrimentos. Deve-se, evidentemente, projetar uma criminologia de táticas de resistência.

Com isso, a criminologia proposta deverá encontrar as táticas de resistência já utilizadas em outras etapas históricas, mas também encontrará as que surgem da criatividade imposta pela luta e pelos conhecimentos adquiridos em cada caso.

[20] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 80.

[21] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 90-97.

Por isso, Zaffaroni agrupa os saberes adquiridos em ocidentais e populares. Os saberes ocidentais seriam aqueles adquiridos com a metodologia racional, de tradição acadêmica oficial. Os saberes populares seriam aqueles a que os povos sub-humanizados têm acesso por outra via, que não a da "metodologia racional".

Assim, as táticas de resistência que se baseiam nos saberes oficiais conduzem ao confronto com as principais instituições que sustentam o poder punitivo informal do Hemisfério Sul e o poder punitivo formal, que complementa o primeiro. Além disso, seria necessária uma tática para reverter a fragilidade subjetiva dos jovens delinquentes que estão confinados nos presídios, complementada por uma ampla prevenção da sua vulnerabilidade.

Logo, as táticas consistentes na resistência da comunicação social e jurídica têm o objetivo de desativar os partidos únicos midiáticos, incompatíveis com qualquer concepção de democracia plural, e de apelar para a defesa popular dos perseguidos. As táticas de reversão da ressubjetivação delinquencial consistem na atribuição de tarefas de responsabilidade comunitária aos jovens aprisionados, com vistas a provocar uma mudança positiva na sua autopercepção. Por derradeiro, a tática de prevenção da vulnerabilidade corresponde à apropriação do saber técnico colonizador pelos excluídos.

Por conseguinte, o autor passa a se ater sobre os saberes populares, até então renegados pela criminologia, de modo a formar o "ser-aqui". Trata-se de um mosaico cultural regional em que convergem todos os outros povos sub-humanizados do planeta que vieram aglutinar-se aos povos originários e africanos escravizados na América do Sul, onde cada qual desenvolveu suas culturas de resistência com saberes diferentes e métodos próprios (alheios ao saber científico).

Por seu turno, pontua que não há como se chegar aos saberes populares senão por meio do diálogo (*frater*), diferentemente do saber ocidental, por meio do interrogatório (*dominus*). O resultado é um saber coletivo e sem monopólio individual, em que todos o são coletivamente. É um método em que um ser enxerga o outro ser de igual para igual, com humanidade ou transcendendo a isso, o que lhe permite dialogar com outros seres não humanos (saberes ancestrais).[22]

Como visto, sabe-se que os saberes populares se apropriam dos saberes técnicos do colonizador, o que não quer dizer que seu uso contamina os saberes ancestrais, passando a coexistir ecologicamente, inclusive há limites impostos pela necessidade de sobrevivência em comunidade. Em síntese, Zaffaroni afirma que deve ser mantida a vigilância para que o saber apropriado não assenhore os jovens e mantenha a integração comunitária para lutar contra o poder punitivo.

[22] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 146.

5 Notas finais: a criminologia do ser-aqui

A partir da observação dos elementos da criminologia do Norte (Europa e Estados Unidos), o autor tenta explicar o exercício do poder punitivo na nossa região (América do Sul), porém percebe que não é possível conduzi-lo desta maneira. Assim, seu objetivo primordial é fazer algo para aliviar ou remediar o mal causado pelo nosso poder punitivo, por isso busca explicar a etiologia desse mal, para que permita prever o seu futuro e tentar contê-lo, reduzi-lo e evitá-lo.

Destarte, Zaffaroni descreve vivências porque "estamos-aqui" e as explica como "ser-aqui". Isso quer dizer que não seria possível descrever como se chegou a este presente, bem como não saberemos como seguir e nos projetar, se não forem mostrados o exercício atual do poder punitivo e o quadro do poder planetário no qual a macrocriminalidade financeira organizada do Norte nos condiciona a uma posição geopolítica subordinada.

Para isso, faz uso da narração histórica a respeito das alternâncias da sucessão de dominações hierárquicas entre os humanos, apontando o poder punitivo como o instrumento necessário à hierarquização das pessoas, demonstrando que este sempre esteve a serviço dos dominadores. Com isso, para projetar a criminologia do ser-aqui, seria necessário ultrapassar várias limitações impostas pela colonialidade tardia.

O autor propõe que a partir do conhecimento do marco do poder e da consequente injustiça é que passamos a saber "quem somos-sendo". Não seria, portanto, possível resistir ao atual poder punitivo (da macrocriminalidade organizada), se não compreendermos que somos produto de incorporações de sub-humanizados por muitos genocídios. Todavia, assevera que o ser-aqui empregado não se coaduna com o eurocentrismo de outrora, mas com qualquer outra cultura subjugada que se identifique com a epistemologia apresentada (africanos, asiáticos, islâmicos).

Como bem asseverou Zaffaroni, uma criminologia do ser-aqui deve confrontar o poder punitivo formal e informal da fase colonial tardia em que vivemos hoje, de modo a promover a renovação das táticas de resistência. Elenca, portanto, uma série de questionamentos que nos levarão a conhecer as indigitadas táticas empregadas na luta contra o poder punitivo,[23] de modo que será objeto da criminologia ordená-las de forma sistemática, "para que possa nutrir as respostas com informação detalhada e estabelecer as constantes nas diferentes fases".

Pondera, por fim, que o objeto da criminologia do ser-aqui é o poder punitivo, que continua a ser o meio para sub-humanizar os indivíduos, mesmo não tendo

[23] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021. p. 157-158.

a característica impiedosa do passado. Pode-se afirmar, ainda, que o objetivo estratégico mais imediato da criminologia latino-americana do ser-aqui seria a resistência ao poder punitivo como principal instrumento do programa suicida da macrocriminalidade organizada, reafirmando a exigência de um novo projeto criminológico universal, com vistas a recuperar a perspectiva do ser-aqui seja do Norte, seja do Sul.

Em remate, o livro *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui*, de Eugenio Raúl Zaffaroni, é uma obra de leitura recomendada aos que pretendem se aprofundar em uma teoria criminológica com o olhar voltado para a realidade dos países latino-americanos, consistente em uma verdadeira rejeição ao sistema punitivo eminentemente informal, elaborado com posições críticas e alheias à dogmática penal, para que o leitor possa aferir que o poder punitivo tem graves consequências na vida de todos.

Referências

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raúl Zaffaroni. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, p. 97-136, 2010. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/119/115. Acesso em: 12 jan. 2023.

JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOMBROSO, César. *O homem delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro*: a criminologia do ser-aqui. Tradução de Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROBERTO, Welton; SILVA JÚNIOR, Mário Jorge Ferreira da. A criminologia do ser-aqui: uma resistência latino-americana ao poder punitivo informal. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 539-550, jul./dez. 2023.

Submissão: 02.05.2023
Aceite: 08.05.2023

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO AMBIENTAL E DEVER ESTATAL DE TRANSPARÊNCIA REATIVA: ANÁLISE DO IAC Nº 13, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENTAL INFORMATION AND STATE DUTY OF REACTIVE TRANSPARENCY: ANALYSIS OF IAC NO. 13, BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Andrea Bezerra de Melo Girão Mota

Mestre e Doutoranda em Direto Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Formada em Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará e em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Possui especialização em Assessoria de Comunicação pela Universidade de Fortaleza e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1228. *E-mail*: andreabezerramelo@gmail.com.

Mônica Mota Tassigny

Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC/CE). Doutorado sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales (E.H.E.S.S/Paris). Pós-Doutora pela Faculté de Droit et Sciences Politiques/Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau (GERJC). Fortaleza, Ceará, Brasil. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9483-0547. *E-mail*: monica.tass@gmail.com.

Resumo: O presente artigo analisa o conteúdo e o alcance da decisão do Superior Tribunal de Justiça estabelecida no Incidente de Assunção de Competência nº 13, o qual trata do direito à informação ambiental e o dever estatal de transparência, de relatoria do Ministro Og Fernandes, com ênfase no conceito apresentado de transparência ativa, passiva e reativa. O método de pesquisa foi bibliográfico e documental. Utilizou-se abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, com natureza teórica. Como resultado, o presente estudo reforça o avanço trazido pelo IAC nº 13, cujo julgamento produz um precedente cogente a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados. Como a decisão é obrigatória para juízes e tribunais, cabe reclamação para garantir sua observância

(art. 988, IV do CPC), sendo considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre a tese firmada em IAC, de acordo com o art. 1.022, parágrafo único, I do CPC.

Palavras-chave: Direito fundamental à informação ambiental. Dever estatal de transparência reativa. Incidente de assunção de competência.

Abstract: This article analyzes the content and scope of the decision of the Superior Court of Justice, established in the Incident of Assumption of Jurisdiction No. 13, which deals with the right to environmental information and the state duty of transparency, reported by Justice Og Fernandes, with emphasis on the concept of active, passive and reactive transparency, presented in the content of the decision. A qualitative approach was used. As to the objectives, it is descriptive, theoretical in nature. As a result, the present study reinforces the advance brought by IAC nº 13, whose judgment produces a cogent precedent to be followed by the court and the judges linked to it. As the decision is binding on judges and courts, a complaint may be filed to guarantee its observance (article 988, IV of the CPC), and a decision that fails to comment on the thesis established in the IAC is considered to be omissive, in accordance with article 1022, sole paragraph, I of the CPC.

Keywords: Fundamental right to environmental information. State duty of reactive transparency. Incident of assumption of competence.

Sumário: **1** Introdução – **2** Conteúdo e alcance da decisão – **3** Conceito de transparência passiva, ativa e reativa – **4** Conclusão – Referências

Summary: **1** Introduction – **2** Content and scope of the decision – **3** Concept of passive, active and reactive transparency – **4** Final considerations – References

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito fundamental à informação ambiental e dever estatal de transparência apresentado no Incidente de Assunção de Competência nº 13, do Superior Tribunal de Justiça, com ênfase nos conceitos expostos de transparência ativa, passiva e reativa. A pesquisa se justifica porque o Código de Processo Civil dispõe que os juízes e os tribunais devem observar os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, o que mostra a relevância da decisão.

O IAC em questão teve origem a partir do REsp nº 1.857.098/MS (2020/0006402-8), do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, o qual rejeitou o pedido do Ministério Público estadual para que o Município de Campo Grande publicasse, obrigatória e periodicamente, os atos executórios do plano de manejo da Área de Proteção Ambiental (APA) do Lajeado, criada para assegurar o abastecimento de água na região, bem como para que a APA fosse inscrita na matrícula dos imóveis que a integram.

De acordo com o TJMS, tais medidas não seriam viáveis, por não existir previsão legal nesse sentido. No entanto, segundo a decisão proferida no IAC nº 13, é dever do estado produzir informações ambientais, ainda quando estas forem inexistentes. No julgamento do referido incidente, a 1ª Seção estabeleceu quatro

teses relativas ao direito de acesso à informação ambiental, além de determinar a possibilidade de registro das informações em cartório, com atuação do Ministério Público em tais questões.

O voto do relator, Ministro Og Fernandes, foi seguido por unanimidade pelos demais ministros da primeira Seção: Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão e Herman Benjamin. Para o ministro relator, a consolidação do Estado de direito democrático, fraternal e ecológico brasileiro depende da efetivação do direito de acesso a informações públicas ambientais nas perspectivas ativa, passiva e reativa.

Em função da importância dessa decisão, surgem os seguintes questionamentos: qual seria o conteúdo e as consequências desse julgamento? Quais são as decisões, as matérias e as autoridades que se encontrariam vinculadas a ele? O que seriam os conceitos de transparência ativa, passiva e reativa apresentados no IAC nº 13?

O artigo foi dividido em três tópicos. Na primeira parte, buscou-se compreender o conteúdo da decisão, com os motivos que integram o voto do ministro relator. Na segunda parte, examinou-se o alcance da decisão, a partir do regramento do incidente de assunção de competência, presente no Código de Processo Civil do Brasil, discorrendo sobre sua admissibilidade, características procedimentais e consequências jurídicas. No terceiro tópico, o artigo analisa o direito fundamental de acesso à informação ambiental, com ênfase nos conceitos trazidos no IAC nº 13, quais sejam, o dever estatal de transparência passiva, ativa e reativa. A pesquisa é bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, e, quanto aos objetivos, descritiva, explicativa e propositiva, de natureza teórica.

2 Conteúdo e alcance da decisão

No julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 13, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu quatro teses a respeito do direito de acesso à informação ambiental:

> 1. O direito de acesso à informação no direito ambiental brasileiro compreende: i) o dever de publicação, na internet, dos documentos ambientais detidos pela administração não sujeitos a sigilo (transparência ativa); ii) o direito de qualquer pessoa e entidade de requerer acesso a informações ambientais específicas não publicadas (transparência passiva); e iii) o direito a requerer a produção de informação ambiental não disponível para a administração (transparência reati-

> va); 2. Presume-se a obrigação do Estado em favor da transparência ambiental, sendo ônus da administração justificar seu descumprimento, sempre sujeita a controle judicial, nos seguintes termos: i) na transparência ativa, demonstrando razões administrativas adequadas para a opção de não publicar; ii) na transparência passiva, de enquadramento da informação nas razões legais e taxativas de sigilo; e iii) na transparência ambiental reativa, da irrazoabilidade da pretensão de produção da informação inexistente; 3. O regime registral brasileiro admite a averbação de informações facultativas sobre o imóvel, de interesse público, inclusive as ambientais; 4. O Ministério Público pode requisitar diretamente ao oficial de registro competente a averbação de informações alusivas a suas funções institucionais. (BRASIL, 2020)

A primeira tese estabelece que o direito de acesso à informação compreende o dever de publicação na internet dos documentos ambientais detidos pela Administração não sujeitos a sigilo (transparência ativa); o direito de qualquer pessoa e entidade de requerer acesso às informações ambientais específicas não publicadas (transparência passiva) e o direito de requerer a produção de informação ambiental não disponível para a Administração (que o ministro denominou, de maneira inovadora, transparência reativa).

Merece destaque o conceito de transparência reativa presente na decisão, a qual intensifica o dever do Estado em não apenas divulgar as informações disponíveis, mas também as produzir, quando inexistentes. Segundo o ministro relator, não é razoável que inexistam relatórios de execução do Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental (APA) do Lajeado: "se não existem, devem ser produzidos, à luz da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981, art. 9º, XI). Produzidos, devem ser ativamente publicados pela municipalidade, em seu portal de internet (LAI – Lei n. 12.527/2011, art. 8º, §2º)".

O ministro relator ressalta ser inconcebível executar um plano administrativo (plano de manejo da APA) sem relatórios periódicos de acompanhamento: "seria o ápice do agir administrativo 'para inglês ver'. Todavia, a exigência da obrigação de divulgá-los serve para tornar inequívoco o dever de 'tirar o plano da gaveta' e dar-lhe, ou buscar dar-lhe, efetividade". Assim, reforça o ministro relator que o direito de acesso à informação ambiental não deve ser um direito de mostruário, isso é, "meramente simbólico", nas palavras de Garcia-Moreno Rodríguez (2014, p. 133).

O conceito de transparência passiva está presente no art. 11 da Lei de Acesso à Informação (nº 2.527/11), a qual exige que os pedidos de dados devam ser respondidos por até 20 dias, prorrogáveis por mais 10. Já a Lei de Informação Ambiental (nº 10.650/03) fixa o prazo de trinta dias para que seja prestada a

informação ou facultada a consulta, contado da data do pedido, nos termos do art. 2º, §5º. A transparência passiva diz respeito àquelas informações ambientais que devem estar disponíveis após o pedido de qualquer cidadão, sem necessidade de justificativa.

O conceito de transparência ativa, por sua vez, estabelece que as informações ambientais estejam facilmente disponíveis, independentemente de solicitações (MOTA, 2022, p. 41). Sobre esse assunto, o ministro relator ressaltou em sua decisão que "a existência de outros meios de tutela administrativa ou judicial, inclusive o requerimento de informações públicas específicas (transparência passiva), não esvazia o dever estatal primário de transparência ativa".

O artigo agora irá se debruçar sobre o conceito inovador apresentado na decisão: a transparência reativa, a qual significa a produção de informações pelo Estado, ainda quando inexistentes. Embora não com esse nome, o conceito de transparência reativa já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da Constituição Federal.

O art. 9, inc. XI da Lei nº 6.938/81, o qual constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), apresenta como um dos seus instrumentos "a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes".

Informação inexistente, na expressão da lei, é aquela que não se encontra no órgão ambiental no momento em que ela é solicitada. Desse modo, é dever do Poder Público ir buscar a informação onde quer que ela esteja, mesmo que em outro órgão público ou em uma pessoa física ou jurídica privada (MACHADO, 2018, p. 191).

De acordo com Ribeiro e Machado (2018), no Brasil vigora o princípio da máxima divulgação, ou seja: a publicidade é a regra e o sigilo é exceção, o que inclui o dever estatal de fornecer ativamente informações disponíveis e de produzi-las quando inexistentes.

Na segunda tese, os ministros entenderam ser presumida a obrigação da transparência ativa, sendo ônus da administração justificar seu descumprimento, sempre sujeito a controle judicial, nos seguintes termos: i) na transparência ativa, demonstrando razões administrativas adequadas para a opção de não publicar; ii) na transparência passiva, de enquadramento da informação nas razões legais e taxativas de sigilo; e iii) na transparência ambiental reativa, da irrazoabilidade da pretensão de produção da informação inexistente.

No caso em tela, portanto, seria ônus da Administração fundamentar a irrazoabilidade de não produzir os relatórios de execução do Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental (APA) do Lajeado, algo que estaria sujeito a controle judicial. Conforme ressalta Medauar (2018, p. 108), até mesmo a discricionariedade atua

em favor da transparência, pois a sociedade tem o direito de saber, e o Estado tem o dever de justificar publicamente as escolhas discricionárias.

Gomes (2009, p. 22-23) ressalta que o público tem o direito de acesso à informação, o que se denomina direito de saber (*right to know*), de modo a proporcionar ao cidadão fazer escolhas conscientes, a partir da sensibilização acerca dos reais riscos a que estão expostos, prevenindo decisões que possam afetar o meio ambiente.

Conforme Sobek Bejgarn, Ruden e Breitholtz (2016, p. 1042-1049), a falta de dados e de transparência levam os cidadãos a subestimarem determinados riscos ambientais. Para resolver esse tipo de problema, é necessário disseminar informações como forma de identificar riscos, o que irá permitir seu monitoramento.

Gomes (2017, p. 5) ressalta que a tarefa de disseminar na população em geral uma atitude de consciência do risco é uma missão pedagógica, mas é também "um dever de fazer saber às pessoas os riscos a que estão expostas, as condutas que devem adoptar para os minimizar ou evitar, as reações recomendáveis em caso de acidente". Conforme a autora, na sociedade de risco em que vivemos, esse direito de saber, de conhecer os riscos a que estamos expostos "faz parte da vivência democrática e de uma postura de exigência perante os poderes públicos, que devem cumprir e fazer cumprir pelos operadores privados as regras de divulgação e explicitação dos riscos associados a produtos e atividades".

Para justificar a importância do direito de acesso à informação ambiental, a decisão traz uma série doutrinas a respeito. Conforme ressaltam Gomes e Lanceiro (2018, p. 587), "para bem participar é necessário estar informado, como para ter acesso à Justiça em defesa do ambiente cumpre conhecer os dados, muitas vezes altamente técnicos, da actividade/produto cuja nocividade se quer iluminar".

Segundo Yaghsisian e Garcez (2019, p. 15), a sociedade somente poderá participar das tomadas de decisões referentes a políticas públicas na área ambiental se obtiver as informações ambientais necessárias para tanto.

Para Carneiro (1999, p. 57), o primeiro componente a tornar algo acessível próximo, capaz de ser utilizado, é o conhecimento dos direitos que temos e como utilizá-los. Segundo o autor, o direito a tais informações é ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada para que o acesso à justiça, tal como preconizamos, seja real, alcance todos. É ponto de partida porque, sem ele, uma série de direitos, notadamente no campo individual, não seria reclamada, e ponto de chegada, na medida em que, agora no campo coletivo, eventuais direitos reclamados e obtidos fossem realidade para poucos.

A terceira tese do IAC nº 13 estabelece que o regime registral brasileiro admite a averbação de informações facultativas sobre o imóvel, de interesse público, inclusive as ambientais. Já a quarta tese define que o Ministério Público pode requisitar

diretamente ao oficial de registro competente a averbação de informações alusivas a suas funções institucionais.

Em seu voto, o ministro relator ressaltou que a discussão não diz respeito à averbação de área de preservação permanente (APP) à luz do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em oposição ao Cadastro Ambiental Rural (CAR). O ministro relator explicou que a discussão diz respeito a uma área de proteção ambiental (APA), a qual deve ser analisada em face da Lei de Acesso à Informação (nº 12.527/2011) e da Lei de Acesso à Informação Ambiental (nº 10.650/2003).

O direito de acesso à informação ambiental, o qual deve ser compreendido tanto como "direito fundamental" na perspectiva constitucional quanto "direito humano" pela ótica internacional, é um tema de grande atualidade, em especial após abril de 2022, quando entrou em vigor o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais para a América Latina e o Caribe (Acordo de Escazú).

O Acordo de Escazú não é apenas um tratado ambiental, mas também de direitos humanos, sendo o único tratado vinculante derivado da Conferência Rio +20. O seu objetivo principal é garantir a implementação plena e efetiva na América Latina e no Caribe dos direitos de acesso à informação, de participação pública na tomada de decisão e de acesso à justiça em matéria ambiental. O Acordo apresenta, ainda, um enfoque de fortalecimento de capacidades e cooperação e estabelece previsões para a proteção e promoção das pessoas defensoras de direitos humanos ambientais (CEPAL, 2022, p. 16).

O objetivo do Acordo de Escazú é garantir o direito de todas as pessoas a ter acesso à informação de maneira oportuna e adequada, a participar de maneira significativa nas decisões que afetam suas vidas e seu ambiente e a ter acesso à justiça quando estes direitos forem violados. Inspirado na Convenção de Aarhus (UNECE, 1998), o Acordo de Escazú também tem como pilares o direito de acesso à informação, o direito à participação pública e o direito ao acesso à justiça.

O Acordo de Escazú foi elaborado entre 2015 e 2018 e concluído em 27.9.2018, tendo sido inicialmente assinado pelo Brasil, mas não ratificado até o momento. O Acordo é importante não só entre os países que o subscreveram, mas para todos os países da América Latina e do Caribe, em especial neste momento em que o Brasil vivencia o enfraquecimento da democracia ambiental e da participação popular, com redução e engessamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente, por meio do Decreto Federal nº 9.806/2019, que reduziu a composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) de 96 titulares para 23 membros.

A alteração da composição do Conama foi objeto da ADPF nº 623/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual o referido decreto é contestado, sob o fato de o fundamento comprometer a participação efetiva da sociedade civil no Conselho

e impedir o adequado funcionamento do colegiado, em prejuízo de deliberações técnicas sobre o meio ambiente. Segundo as organizações que ingressaram com a ação, o decreto viola o princípio democrático, o direito de participação na formulação de políticas públicas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proibição de retrocessos institucionais e socioambientais.

O Acordo de Escazú já rendeu fruto aos países signatários, como a Sentença nº 58/2022, quando o Poder Judiciário da América Latina aplicou os arts. 6 e 7 do Acordo, os quais tratam, respectivamente, do acesso à informação e participação. Na ação, ambientalistas pediram a anulação de uma autorização para que o Estado Nacional realizasse atividade de exploração sísmica, tendo em vista a ausência de informação sobre seus impactos ambientais.

Em decisão interlocutória, o Juiz federal Santiago José Martin determinou que a empresa Equinor Argentina S/A Surcusal Argentina devia abster-se de iniciar os trabalhos até o final do processo. Na prática, a Argentina paralisou uma obra porque esta não atendeu aos critérios de informação e participação presentes no Acordo de Escazú.

A decisão proferida pela Corte Constitucional da Argentina traz evidências da importância do Acordo de Escazú para concretizar o direito de acesso à informação ambiental e o dever de transparência. Segundo Mota (2022, p. 50), se o Brasil tivesse ratificado o Acordo de Escazú, isso significaria "uma oportunidade para consolidar o direito de acesso à informação no país, que possui uma legislação progressista na matéria, mas carece do provimento efetivo de informação aos cidadãos".

Embora o Brasil não tenha assinado o referido acordo, este já foi citado no Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADPF nº 623/DF, pela Ministra Relatora Rosa Weber, ao fundamentar seu voto pela inconstitucionalidade do Decreto Federal nº 9.806/2019 e pela inércia em relação às políticas públicas em matéria ambiental.

No julgamento do IAC nº 13, o STJ também citou o Acordo de Escazú. Em sua decisão, o ministro relator ressaltou o princípio da máxima divulgação e o princípio *favor informare* como expressão do direito de acesso à informação ambiental do Brasil, com base no Princípio 10 da Declaração do Rio, na Convenção de Aarhus, no Acordo de Escazú, e na legislação positivada (leis nº 10.650/2003, nº 10.527/2011 e nº 6.938/81). De acordo com a decisão, embora o Acordo de Escazú não tenha sido internalizado, pois pendente de ratificação, o direito nacional reflete princípios semelhantes por todo ordenamento jurídico, desde o nível constitucional, incorporando-se em variadas leis federais.

O ministro relator ressaltou que o direito de acesso à informação ambiental e o dever do Estado de fornecê-las encontra-se consolidado igualmente no direito comunitário europeu. Exemplo disso é visto no caso Öneryildiz *v.* Turkey (CEDH,

2004), quando a Corte de Estrasburgo condenou o Estado turco por não informar moradores de uma favela, de forma adequada e habilitante, sobre os riscos que sofriam por viver nas imediações de um "lixão". As omissões levaram à morte de nove membros da família, devido a uma explosão metanogênica na área de despejo de resíduos. Segundo o ministro, na Corte de Estrasburgo:

> o direito à informação ambiental não é nem mesmo vinculado ao direito à informação, mas, sim, ao direito à privacidade e ao direito à vida; quando alude ao direito específico, o faz com base no Princípio 10 da Declaração do Rio, entre outras disposições de soft law. (CEDH, 2004)

O ministro citou, ainda, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) *v.* Brasil, na qual o Estado brasileiro foi responsabilizado por restringir indevidamente o direito de acesso à informação aos familiares desaparecidos durante a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985).

Na decisão, o Brasil não baseou a negação de informação sobre a guerrilha em nenhuma restrição estabelecida na lei, mas sim na suposta inexistência dessa informação e na alegada perda do objeto dessa ação, dada a promulgação da Lei nº 9.140/95. Com base na decisão da Corte IDH, o ministro relator enfatizou que compete ao Estado demonstrar a incidência de razões restritivas ao direito de acesso à informação (OEA, 2010).

As referências à jurisprudência internacional pelo STJ reforçam o caráter multinível do direito ambiental e, em particular, do direito (humano e fundamental) de acesso à informação ambiental, sendo cada vez mais recorrente o diálogo de fontes normativas na jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente na temática ambiental. Os guias e diretrizes da OCDE também reforçam a importância do princípio da transparência como meio para prevenir, mitigar e sanar danos ambientais ocorridos ou em potencial acontecimento, como exemplo, na realização de devidas diligências, envolvendo a todos, na cadeia de valor (OCDE, 2021, p. 33).

O ministro relator reforçou em seu voto que as amplas referências a estudos internacionais em nada inviabilizam a incidência dos dispositivos expressamente positivados quanto ao direito de acesso à informação ambiental constantes na legislação federal. No entanto, "as remissões ao debate internacional servem apenas, e isso não é pouco, de elucidação doutrinária dos padrões normativos e interpretativos dessa gama de direitos humanos".

A publicação do IAC nº 13 representa um importante avanço na busca pela efetivação do direito de acesso à informação ambiental, pois os procedimentos

e instrumentos administrativos e judiciais de que dispõem os titulares do direito fundamental ao ambiente são cruciais para efetivar a legislação ambiental e salvaguardar o direito em si na hipótese de sua violação ou ameaça de violação.

Desse modo, é necessário estimular a participação do Poder Judiciário de modo a reconhecê-lo como instância estatal legitimada constitucionalmente a atuar na proteção dos direitos fundamentais, e, portanto, no direito fundamental ao ambiente (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 540).

O IAC nº 13 é uma das mais relevantes decisões já proferidas no Brasil a respeito do direito de acesso à informação ambiental, em função de ter sido apresentada em uma Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo seu caráter de observância obrigatória.

Segundo Cunha e Didier Jr. (2015, p. 176), o incidente de assunção de competência provoca a transferência de competência. De um processo cujo recurso seria julgado por um órgão fracionário, após a assunção de competência, passa a ser julgado por um órgão de maior composição. No caso do IAC nº 13, este foi julgado pela 1ª Seção do STJ.

De acordo com o art. 947, §3º, do Código de Processo Civil, o incidente de assunção de competência é admissível quando o julgamento do recurso tiver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

O IAC está entre os precedentes qualificados, cujo julgamento deve ser obrigatoriamente seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados (CUNHA; DIDIER JR., 2015, p. 166). Nos termos da decisão supracitada, não há determinação de suspensão nacional dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão, mas os processos que forem julgados depois da decisão deverão observar o IAC nº 13, no que diz respeito à informação ambiental, conforme o art. 926 do CPC, o qual estabelece que os tribunais devem observar os acórdãos em incidente de assunção de competência.

Segundo o art. 332, III do CPC, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar o entendimento firmado em incidente de assunção de competência, conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (art. 932, IV, “b” e “c”, V, “b” e “c”; art. 955, parágrafo único, II do CPC), dispensando a remessa necessária (art. 496, §4º, II e III do CPC).

Como o IAC é um precedente qualificado, se algum juízo vinculado ao tribunal não observar a tese adotada pela decisão proferida, caberá reclamação para garantir sua observância (art. 988, IV do CPC). A decisão que deixar de se manifestar sobre a tese firmada em IAC será considerada omissa, de acordo com o art. 1.022, parágrafo único, I do CPC.

Entre as vantagens da regulação de decisões a partir da edição de IACs, estão a previsibilidade das decisões judiciais e a uniformização dos julgamentos nos tribunais brasileiros, o que implica uma maior segurança jurídica.

3 Conceito de transparência passiva, ativa e reativa

A primeira tese do IAC nº 13 apresentou o conceito de transparência ativa, passiva e reativa, esta última significando a produção de informação ambiental não disponível para a Administração. Conforme já discutido, o conceito de transparência reativa significa a produção de informações inexistentes. Embora não com esse nome, o conceito de transparência reativa já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro desde um período anterior à Constituição Federal, na Lei nº 6.938/81, art. 9º, inc. XI.

O direito de acesso à informação, por sua vez, é garantido na CF, no art. 5º, incs. XIV, XXXIV, XXXIII, LXXII, "a" e "b", e LX. O art. 220 da Constituição determina que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". Por fim, o art. 225, inc. IV, da Constituição Federal, exige estudo prévio de impacto ambiental para obras ou atividades causadoras de significativa degradação ambiental, a que se deve dar publicidade.

Todos os dispositivos constitucionais acimas citados revelam a existência de um direito fundamental à informação, substrato essencial do dever estatal de promover livre acesso informacional como condição inexorável de conhecimento, participação popular e controle das atividades públicas (sentido positivo) e a proibição de que atividades e ações administrativas sejam realizadas em segredo (sentido negativo), exceto as informações que afetem a segurança da sociedade e do Estado (FALEIROS, 2017, p. 307).

Sobre informações sigilosas, é normal que o Estado se organize por meio de seus integrantes para decidir a respeito de segredo imprescindível à segurança relativa à documentação de interesse geral. O anormal é que a sociedade seja exclusivamente representada pelo próprio Estado para decidir o que pode e o que não pode ser divulgado, como se este detivesse a exclusividade ou o monopólio do interesse coletivo (MACHADO, 2018, p. 254).

Segundo Machado (2018, p. 254), para aferir a existência de ameaça à segurança da sociedade, em diversos graus, que a transmissão de uma informação possa gerar, é a própria sociedade, e não o Estado, que deve ser chamada a decidir. Para resolver problemas desse tipo, Desantes Guanter (1974, p. 78) sugere a criação de conselhos mistos ou conselhos de informação constituídos nas câmaras

legislativas, que decidiriam quais matérias seriam, ou não, suscetíveis de reserva ou sigilo, feito por uma figura parecida com o ombudsman.

Segundo Mota (2022, p. 34), o acesso à informação ambiental provém do rol de direitos fundamentais apresentados no art. 5º da CRFB, sendo por isso também considerado um direito fundamental. Este é considerado fundamental porque compreende uma parte significativa para o desenvolvimento da pessoa em sua totalidade, inerente a todos os seres humanos (DIZ; DISCACCIATTI, 2017, p. 583).

De acordo com Sarlet e Fensterseifer (2022, p. 489), o direito procedimental de acesso à informação ambiental constitui componente essencial do exercício pleno da democracia participativa ecológica e, portanto, além de um dos pilares do princípio da participação pública, assume também a condição de direito fundamental, que ademais assegurado em caráter geral pelo art. 5º, XIV e XXXIV da CF/1988, apresenta uma dimensão particularmente relevante na esfera da proteção ambiental.

Com base nos artigos acimas transcritos, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro já protege o direito de acesso à informação, o que falta é concretizar essas normas. Para isso, é preciso conferir ao texto da norma a devida normatividade, levando em conta as suas dimensões fáticas e jurídicas (MULLER, 2005).

Bobbio (2004, p. 17) ressalta que o problema grave do nosso tempo com relação aos direitos humanos não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los para impedir que "apesar das solenes declarações eles sejam continuamente violados".

Esse desafio de concretizar a norma é ainda maior quando se trata de colocar em prática a transparência reativa, uma vez que é necessário produzir informações ambientais inexistentes. Um exemplo disso é a dificuldade para efetivar o Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (Sinima), o Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA) e o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente (RQMA), todas exigências inseridas na Política Nacional do Meio Ambiente, mas não efetivados no Brasil.

Dentre os doze instrumentos da PNMA, o art. 9º possui três itens que abordam o tema "informação": item VII, que trata da criação do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente; item X, que traz a obrigatoriedade da instituição do relatório de qualidade do meio ambiente e item XI, que garante a produção de informações ambientais, quando inexistentes.

Nos termos do art. 9º, inc. VII da Lei nº 6938/1981, o Sinima é um dos instrumentos da Política Nacional da Meio Ambiente, responsável pela gestão da informação, no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). O referido sistema é considerado a plataforma conceitual baseada na integração e compartilhamento de informações entre os diversos sistemas existentes ou a construir no âmbito do Sisnama, conforme Portaria nº MMA 160/2009. O objetivo da

criação do Sisnama é promover a integração de 68 órgãos, associações e pessoas interessadas e competentes na matéria (MACHADO, 2018, p. 213).

Embora previsto desde a primeira edição da Lei nº 6.938/81, somente em 13 de dezembro de 2004, por meio da Portaria nº 310, foi criado um comitê gestor para definir diretrizes, acordos e padrões nacionais que promovessem a integração da informação ambiental e apenas em junho de 2006 o órgão foi lançado oficialmente pelo Ministério do Meio Ambiente.

O termo "Sistema" é utilizado com frequência na legislação, seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional. Segundo Machado (2018, p. 190), "um sistema de informações visa à articulação das informações entre os diversos órgãos que recebem, organizam e transmitem essas informações". Para que o sistema funcione corretamente no federalismo brasileiro, "é necessário que se faça uma integração de esforços e de recursos humanos e financeiros, numa cooperação não hierarquizada" (MACHADO, 2018, p. 190).

Essa cooperação para efetivar o Sistema Nacional de Informação Ambiental (Sinima) nunca aconteceu de fato. Em análise realizada por Mota (2022, p. 68), no ano de 2002, a busca do termo "Sinima", no Portal do Ministério do Meio Ambiente – MMA, remete a notícias publicadas em anos anteriores a 2010, sendo a mais atual aquela que remete ao ano de 2018.[1] No portal, uma das buscas apresenta o seguinte endereço: www.mma.gov.br/sinima. Um clique neste *link* informa que a página não existe.

Como não há pleno funcionamento do Sistema Nacional de Informações Ambientais, não é possível a concatenação entre os sistemas de informações ambientais estaduais e municipais, embora a Lei Complementar nº 140/2011 estabeleça que os órgãos estaduais e municipais devam enviar informações periódicas para o Sinima. O que a referida lei complementar pretende é integrar as informações ambientais entre a União, o estado e os municípios, que possuem competências comuns nesse quesito, nos termos dos arts. 23 e 30 da Constituição Federal.[2]

A falta de atualização no *site* do Sinima traz evidências de que as informações ambientais não devem apenas ser produzidas, mas constantemente atualizadas. Machado (2018, p. 70) alerta que, caso não haja uma comunicação contínua, plena e verossímil, um *site* pode apenas se tornar um instrumento de *marketing* para o

[1] *Link* para análise dos resultados da busca em nome do Sinima no *site* do Ministério do Meio Ambiente: https://www.gov.br/mma/pt-br/sinima. Acesso em: 5 jan. 2022.

[2] A Constituição Federal estabelece, em seu art. 23, que cabe a todos os entes federativos (municípios, estados, Distrito Federal e União) a tarefa e responsabilidade solidária de "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer uma de suas formas" (inc. VI) e "preservar florestas, a fauna e a flora" (inc. VII). Embora o referido artigo não mencione a competência legislativa dos municípios, esta vem garantida no art. 30, I e II da CF/88, o qual aduz que "compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual no que couber".

órgão que se diz transparente. Prossegue o autor: "como num vidro envidraçado, a transparência requer manutenção, caso contrário os vidros ficarão embaçados". Desse modo, os oponentes da transparência poderão tentar acostumar a população a não ficar informada e, gradativamente, irem deixando desabastecidas certas fontes de informação.

Mota (2022, p. 39) também analisou a situação do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente (RQMA), cuja exigência está presente no item X do art. 9º da Lei nº 6.938/81 e deveria ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. No entanto, o último relatório foi produzido em 2013, oito anos atrás (IBAMA, 2013). Na legislação infraconstitucional, a Lei nº 7.804/89 também estabelece que o Ibama deve produzir o RQMA. Machado (2018, p. 190) chama a atenção de que a Lei nº 7.804/89 não vem sendo cumprida, "não tendo se utilizado da ação civil pública para exigir o cumprimento dessa obrigação de fazer".

Outro órgão de acesso à informação ambiental analisado por Mota (2002, p. 68-69) foi o Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA), ferramenta disponibilizada pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) para divulgar informações relacionadas aos procedimentos do licenciamento ambiental, de modo a possibilitar a transparência desses processos de gestão pública e fortalecer o controle social.

O PNLA tem por objetivo atender à Lei nº 10.650/2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama). Embora o PNLA encontre-se ativo no *site* do Ministério do Meio Ambiente, encontrar um licenciamento no portal não é tarefa fácil, pois as buscas são complexas e, ainda que a informação esteja disponibilizada, costuma estar escrita em linguagem de difícil compreensão para o cidadão, com jargões técnicos e excesso de planilhas.

Conforme ressalta Machado (2018, p. 66), a transparência começa a operar por meio da linguagem: "as coisas só fluem para a população se ela compreender o que lhe é transmitido. Sem ser imprecisa, a linguagem utilizada na transmissão da informação tem que ser facilmente assimilada por todos".

Como a linguagem recheada de tecnicismos impede a real transparência administrativa, a Administração deve produzir informações ambientais em linguagem acessível ao cidadão, a partir do conceito de transparência reativa apresentado no IAC nº 13, pois isso representa um importante passo na luta pela concretização do direito de acesso à informação ambiental, a partir do dever estatal de transparência.

4 Conclusão

Com a publicação do Incidente de Assunção de Competência nº 13, de observância obrigatória para juízes e tribunais, o Brasil avança na busca pela concretização do direito (humano e fundamental) de acesso à informação ambiental e no dever estatal de transparência (passiva, ativa e reativa).

Ressalte-se que o Brasil possui uma legislação avançada no quesito informação ambiental, presente na Lei nº 6.938/81, ou seja, é um direito inclusive anterior à Constituição, reforçado na legislação constitucional, nos arts. 5º e 225, e na legislação infraconstitucional, em especial nas leis nºs 10.650/2003 e 12.527/2011.

Em termos internacionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) emitiu a Opinião Consultiva nº 23/2017, ocasião na qual se apresentou uma análise do direito humano ao ambiente saudável como direito autônomo pela primeira vez, bem como se expôs o direito de acesso à informação ambiental como essencial à garantia do direito em questão.

Sobre o dever estatal de transparência, o *caput* do art. 37 da Constituição traz a publicidade como um princípio do direito administrativo, pois apenas a partir da ampla divulgação se pode cogitar que a fiscalização e o controle das ações administrativas ocorram de maneira efetiva e democrática, lastreada em uma participação popular que conhece a rotina gerencial da máquina pública.

Sem acesso à informação, não é possível haver uma real avaliação da Administração Pública nem debates sobre execução de políticas públicas. Por isso, o princípio da publicidade está diretamente ligado aos demais princípios presentes no referido artigo, quais sejam: finalidade, legalidade e moralidade. Apesar das leis e tratados, há sempre riscos de que ocorra opacidade nos dados ambientais disponíveis, daí a importância do IAC nº 13, do Superior Tribunal de Justiça.

A referida decisão inova por trazer o conceito de transparência reativa e por apresentar um diálogo de fontes normativas e um diálogo de cortes, uma vez que faz referências a decisões internacionais do Tribunal de Estrasburgo e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de fazer menção ao Acordo de Escazú e à Convenção de Aarhrus.

Embora o Brasil ainda não tenha ratificado o Acordo de Escazú, este já foi citado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 623/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber e, agora, pelo Superior Tribunal de Justiça, no IAC nº 13. Existem vários impactos relacionados ao fato de o Brasil não ter ratificado o Acordo de Escazú, entre eles a diminuição da participação pública nos debates relacionados ao meio ambiente, além da falta de transparência dos riscos ambientais nos projetos públicos e privados, os riscos de perseguição e assassinatos de ativistas ambientais e o aumento da corrupção.

Desse modo, é importante que o governo brasileiro ratifique o quanto antes o Acordo de Escazú e contribua para sua implementação, pois isso significa colocar em prática os direitos de acesso à informação, promovendo uma cidadania ambiental, com proteção adequada aos defensores ambientais, além de combater a corrupção e os crimes ambientais.

A referência a um acordo que ainda não foi ratificado pelo Brasil é possível porque a lei de introdução às normas do direito pátrio estabelece em seu art. 5º que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", o que amplia a possibilidade de aplicação de princípios e de interpretações sistemáticas no direito ambiental, pois o direito fundamental ao meio ambiente sadio – cuja efetivação passa pelo direito procedimental de acesso à informação ambiental – é um direito de titularidade de todos, ou seja, de toda a coletividade, inclusive das futuras gerações, conforme disposição expressa do art. 225 da CF/1988.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 9 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.650/03, de 16 de abril de 2003. *Diário Oficial da União*, 16 abr. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.650.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20acesso%20p%C3%BAblico,e%20entidades%20integrantes%20do%20 Sisnama. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/ lei/l12527.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9140.htm. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. *Recurso Especial n. 187098* – MS 2020/00064208. Ministro-Relator: Og Fernandes. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=154035543&registro_numero=202000064028&peticao_numero=&publicacao_data=20220524&formato=PDF. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n 1.857.098* – MS (2020/0006402-8). Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Município de Campo Grande. Relator: Ministro OG Fernandes. Segunda Turma. 08 nov. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=147334375&registro_numero=202000064028&publicacao_data=20220315&peticao_numero=202200IJ2026. Acesso em: 1º fev. 2022.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMISSÃO ECONÔMICA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE – CEPAL. *Desafíos en el marco del Acuerdo de Escazú*: gestión de la información sobre biodiversidad en países megadiversos, serie Seminarios y Conferencias, nº 97 (LC/TS.2022/20). Santiago, 2022. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47769/1/S2100845_es.pdf. Acesso em: 2 maio 2022.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ARGENTINA. *CSJ 243/2014 (50-L) ICS1 originário, La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de águas 01/12/2017, CS, Fallos: 340:1695*. Cita Online: AR/ JUR/84781/2017. Disponível em: http://fiscalia.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/2018/06/01.12.17_CSJN_Mandaordenatoria-caudal-ecologico-y-programa-de-obras.pdf. Acesso em: 1º out. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Öneryildiz v. Turkey*. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-67614%22]}. Acesso em: 18 jun. 2022.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 163-178, jan./jun. 2015.

DESANTES GUANTER, José Maria. *La informacion como derecho*. [s.l.]: Editora Nacional, 1974.

DIZ, Jamile Berhamaschine Mata; DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. O acesso à informação no direito ambiental e a convenção de Aarhus: a efetivação do direito fundamental à participação. *Revista Pensar*, v. 22. n. 2, maio/ago. 2017.

FALEIROS JUNIOR, José Luis de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, 2017.

GARCIA-MORENO RODRIGUEZ, Fernando. El derecho de acceso a la información en materia medioambiental como técnica de protección integral del medio ambiente: aspectos más reseñables de su aplicación y potencialidades futuras a desarrollar. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul, v. 3, n. 8, p. 133-166, maio/ago. 2014. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/97780. Acesso em: 15 set. 2022.

GOMES, Carla Amado. *Escrever verde por linhas tortas*: o direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Lisboa: [s.n.], 2009.

GOMES, Carla Amado. *Estudo sobre riscos tecnológicos*. Lisboa: [s.n.], 2017.

GOMES, Carla Amado; LANCEIRO, Rui Tavares. O acesso à informação ambiental no direito internacional e no direito da União Europeia. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 2, p. 583-613, maio/ago. 2018.

IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Relatório de Qualidade do Meio Ambiente*. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/relatorios/qualidade-ambiental/relatorio-de-qualidade-do-meioambiente-rqma-relatorio-de-qualidade-do-meio-ambiente-rqma. Acesso em: 1º fev. 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOTA, Andrea Bezerra de Melo Girão. *Direito de acesso à informação ambiental no Brasil e o dever estatal de transparência*: análise a partir da perspectiva do processo estrutural. 2022. Disponível em: https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=11784530. Acesso em: 15 set. 2022.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*. 2021. Disponível em: https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf. Acesso em: 11 jun. de 2022.

OEA – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, n. 1, 2010.

RIBEIRO, Érica; MACHADO, Bruno. O Acordo de Escazú e o acesso à informação ambiental no Brasil. *Rev. de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

SOBEK, Anna; BEJGARN, Sofia; RUDEN Christina; MAGNUS Breiholtz. The dilemma in prioritizing chemicals for environmental analysis: known versus unknown hazards, The Royal Society of Chemistry. *Environmental Science: Processes & Impacts*, n. 18, 2016. Disponível em: http://pubs.rsc.org/en/content/ articlepdf/2016/em/c6em00163g. Acesso em: 15 jun. 2022.

UNECE – UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. *Aarhus Convention*. Disponível em: https://unece.org/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf. Acesso em: 1º fev. 2022.

YAGHSISIAN, Adriana; GARCEZ, Gabriela. Definição de prioridades pela informação: uma análise da importância da informação ambiental no caso "Rhodia". *Revista Direito e Liberdade – RDL*, Natal, v. 21, n. 1, p. 13-37, jan./abr. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOTA, Andrea Bezerra de Melo Girão; TASSIGNY, Mônica Mota. Direito fundamental à informação ambiental e dever estatal de transparência reativa: análise do IAC nº 13, do Superior Tribunal de Justiça. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 49, p. 551-568, jul./dez. 2023.

Submissão: 12.10.2022
Aceite: 06.05.2023

NORMAS EDITORIAIS

REVISTA DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA (QUALIS A1)

MISSÃO

A revista *Direitos Fundamentais & Justiça* é uma publicação semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CAPES 6).

O Programa de Pós-Graduação em Direito abrange os cursos de Mestrado e Doutorado e estrutura-se em torno de duas áreas de concentração: 1) Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, com duas linhas de pesquisa, versando, respectivamente, sobre a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado e a Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional; 2) Teoria Geral da Jurisdição e Processo, com ênfase na linha de pesquisa Jurisdição, Efetividade e Instrumentabilidade do Processo.

A missão da Revista é a de acolher artigos científicos, resenhas de livros, comentários de jurisprudência nacional, estrangeira e internacional que tenham por objeto temas vinculados aos seguintes eixos temáticos: a) Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Humanos e Fundamentais; b) Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação; c) Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional, e d) Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo.

LINHA EDITORIAL

Direitos Fundamentais & Justiça, com toda a sua complexidade, constituem, além de grandezas indissociáveis e inerentes a qualquer sociedade que se pretenda legitimamente fundada e organizada, uma permanente tarefa e um constante desafio para os Estados (seja no plano interno, seja no internacional), para a sociedade e para cada um de nós. Direitos Fundamentais & Justiça, além disso, na perspectiva material e processual, constituem o eixo em torno do qual se estruturam as áreas de concentração, as linhas de pesquisa, a estrutura curricular, os projetos de pesquisa e a produção técnica e científica do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

A Revista publica artigos de pesquisa e reflexão acadêmicas, estudos analíticos e resenhas na área da ciência jurídica e cultura política em geral, sempre vinculados às áreas de concentração do Programa de Pós-Graduação supramencionadas, a partir das seguintes seções: “Doutrina Estrangeira”, apresentando os artigos

temáticos de autores estrangeiros; "Doutrina Nacional", apresentando os artigos temáticos de autores brasileiros; "Resenhas", contendo avaliações e comentários sobre publicações acadêmicas nacionais e estrangeiras; e "Comentários de Jurisprudência", trazendo análises críticas de decisões judiciais paradigmáticas nacionais e estrangeiras.

A Revista publica *artigos* somente quando ao menos um dos autores tem título de doutor. Ademais, entre os artigos aprovados no *blind peer review*, serão privilegiados, em caso de necessidade de desempate, os artigos com ao menos um autor professor permanente de programa de pós-graduação *stricto sensu*. Também será critério de desempate a titulação dos demais coautores não doutores – se mestrandos, mestres ou doutorandos.

Todos os textos submetidos devem ser inéditos no Brasil, vedado o seu encaminhamento simultâneo a outras revistas, exigindo-se do autor, já antes do início do processo de avaliação cega por pares, declaração de ineditismo e compromisso de exclusividade por prazo de nove meses. Uma vez aceito o artigo e como condição necessária para sua publicação, os autores assinam nova declaração de ineditismo e exclusividade, dessa vez válida por seis meses. Os autores não recebem qualquer remuneração pela publicação de seus trabalhos na Revista. Como cortesia, autores e coautores receberão acesso à versão digital da revista com a publicação do artigo, disponível na Plataforma FÓRUM de Conhecimento Jurídico.

Na análise para a aceitação de um artigo serão observados os critérios de adequação ao escopo da revista, qualidade científica atestada pela Comissão Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares (*Blind Peer Review*) e cumprimento das normas e regras listadas abaixo.

Os artigos devem ser enviados ao Conselho Editorial da *Direitos Fundamentais & Justiça* pelo *site* da Revista em http://ojs.editoraforum.com.br/dfj/index.php/dfj/index. Os artigos podem sofrer alterações editoriais não substanciais (reparagrafações, correções gramaticais, adequações estilísticas e editoriais).

a) FORMATO: Texto em arquivo compatível com Microsoft Word, e padrão ABNT NBR 6023.

b) IDENTIFICAÇÃO

- TÍTULO em português e inglês.
- Nome do(s) AUTOR(ES), e respectivos dados acadêmicos (titulação e atual filiação acadêmica, especificando as instituições de ensino superior) e de contato (endereço de *e-mail*). Tais dados devem constar na primeira página do arquivo. Demais identificações de autoria como em autocitações ao longo do texto e nas propriedades do arquivo devem ser suprimidas. Sobre esse último item ver: http://office.microsoft.com/pt-br/word-help/remover-dados-ocultos-e-informacoes-pessoais-de-documentos-do-office-HA010037593.aspx.

c) RESUMO, PALAVRAS-CHAVE e SUMÁRIO:

- Em português e inglês, conforme ABNT NBR 6028. Resumo com no máximo 200 palavras.

d) NOTAS EXPLICATIVAS E REFERÊNCIAS: O sistema de referências utilizado deve ser o ABNT – Direito. As referências devem ser dispostas no rodapé ao final da página. A lista da bibliografia utilizada deve igualmente aparecer no fim do artigo.

e) TAMANHO DO TEXTO: no máximo 30 (trinta) laudas.

A Editora Fórum e o Conselho Editorial não assumem qualquer responsabilidade legal pelas ideias e informações externadas pelos autores em seus textos. Os autores são responsáveis cível e criminalmente pelos seus textos.

Os autores cedem à Editora os direitos autorais sobre os textos aceitos para publicação.

PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DE ARTIGOS SUBMETIDOS – *DOUBLE BLIND PEER REVIEW*

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pela Coordenação Científica da Revista, verificando sua adequação à sua linha editorial. Os artigos aprovados nessa seleção prévia são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Os pareceristas não conhecem a identidade do autor e vice-versa. Os textos das seções "Resenhas" e "Comentários de Jurisprudência" estão isentos do processo de *blind review*.

O prazo dos revisores para a elaboração do parecer é de 21 dias. Recebido o parecer, este é imediatamente encaminhado (sem dados sobre a identidade do parecerista) ao autor do artigo para que tome ciência. Se o revisor indica a necessidade de aprimoramento do trabalho o autor tem a prerrogativa de enviar, no prazo de 30 dias, uma nova versão com todas as adições e alterações realçadas em vermelho. O texto será então repassado ao mesmo revisor para nova análise.

Somente podem ser aceitos para publicação pelo Conselho Editorial artigos com parecer favorável de dois revisores. Caso um revisor dê parecer favorável e outro desfavorável, o artigo será enviado a um terceiro revisor para desempate. Excepcionalmente, haverá convites para publicação, não excedendo tais casos 25% dos artigos publicados em determinado ano. Apenas artigos de autores estrangeiros recebem convite para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Coordenação Científica da Revista.

Esta obra foi composta na fonte Frankfurt,
corpo 10 e impressa em papel Offset 75g
(miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Meta Brasil em Cotia/SP.