



Organizadores
Robison Tramontina
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Bruno Lorenzetto



Direitos Fundamentais e Políticas Públicas



PPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO E DOUTORADO



Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro

Revisão metodológica: Esther Arnold, Paula Stechenski Zaccaron

Projeto Gráfico e capa: Simone Dal Moro

Diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Direitos Fundamentais e Políticas Públicas /
organizadores Robinson Tramontina, Elda Coelho de
Azevedo Bussinguer, Bruno Lorenzetto. – Joaçaba: Editora
Unoesc, 2020.
294 p. ; 23 cm

ISBN: 978-65-86158-41-0
ISBN on-line: 978-65-86158-42-7
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Políticas públicas. I.
Tramontina, Robinson, (org.). II. Bussinguer, Elda Coelho de
Azevedo, (org.). III. Lorenzetto, Bruno, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Carlos Eduardo Carvalho

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitora Acadêmica

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração

Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani

Tiago de Matia

Sandra Fachineto

Aline Pertile Remor

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

Apresentação	5
---------------------------	----------

POLÍTICAS PÚBLICAS

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE.....	9
Marcos Augusto Maliska	

AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE AMARTYA SEN	25
Irenice Tressoldi, Robison Tramontina	

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.....	49
Julio Homem de Siqueira, Daury Cesar Fabriz	

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, UNIDADE DO DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	69
William Soares Pugliese, Luiz Henrique Krassuski Fortes	

MULHERES, POLÍTICA E AÇÕES AFIRMATIVAS: A NECESSIDADE DE HOMOGENEIDADE NA SEARA ELEITORAL POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES	91
Izabelle Epifânio, Robison Tramontina	

REFLEXÕES SOBRE O TRABALHO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS	107
César Albenes de Mendonça Cruz	

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DIGITAL	127
Ludmilla Gobbo Sá Cavalcante, Adriano Sant'Ana Pedra	
INCLUSÃO DIGITAL: CUIDADO E PROTEÇÃO INTEGRAL NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA	149
Cláudia Cinara Locateli, Vinícius Almada Mozetic	
O DEVER DE CUIDADO (IN)DEPENDENTE DO AFETO? A INVERSÃO DO DEVER DE CUIDADO NA PERSPECTIVA DO IDOSO SEM VÍNCULOS AFETIVOS COM A FAMÍLIA	171
Kelly Coelho Silva, Gilsilene Passon Picoretti Francischetto	
DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PRISIONAL: FAGULHA DE VIDA E LIBERDADE EM UM CONTEXTO DE OPRESSÃO	197
Hellen Nicácio de Araújo, Cyro Eduardo Blatter Moreira, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer	
MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN	225
Alexandre de Castro Coura, Allan Dias Lacerda	
BREVES APONTAMENTOS SOBRE CRIPTOATIVOS E TRIBUTAÇÃO: O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO E AS VELHAS DEFICIÊNCIAS DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA	251
Octavio Campos Fischer, Clayton Gomes de Medeiros	
EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DOS GASTOS PÚBLICOS COM MEDICAMENTOS SEM EFICÁCIA CIENTÍFICA COMPROVADA: O USO DA CLOROQUINA E DA HIDROXICLOROQUINA PARA O TRATAMENTO DO CORONAVÍRUS NO BRASIL	265
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, Horácio Augusto Mendes de Sousa	

Apresentação



A coletânea “Direitos Fundamentais e Políticas Públicas” é uma obra coletiva que envolve Grupos de Pesquisa de três Universidades Brasileiras: Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil, PR), Faculdade de Direito de Vitória (FDV, ES) e Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc, SC), integrantes da **Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia**¹. A Red-idd, fundada em 2014, concentra suas preocupações investigativas na proteção, promoção e efetivação dos Direitos Fundamentais em Estados Democráticos de Direito, especialmente na América Latina.

A escolha da temática fundamenta-se em 3 (três) razões: a) ela está expressa na área de concentração e linhas de pesquisa dos Programas, b) a existência de Grupos de Pesquisa nos PPGs que investigam sobre a referida temática e c) a imbricação necessária entre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas.

As razões (a) e (b) não demandam explicações. A razão (c) merece um breve comentário. Os Direitos Fundamentais constituem a Pedra Angular da Constituição Federal de 1988 e orientam o Estado no estabelecimento das suas finalidades centrais. Entretanto, há um problema incontornável que gera enormes controvérsias e discussões: a questão da concretização efetiva dos Direitos Fundamentais.

A referida concretização dos Direitos Fundamentais remete ao tema das Políticas Públicas. Genericamente, pode-se dizer que eles não apenas se relacionam, bem como se pressupõem. A concretização dos Direitos Fundamentais demanda a consecução de Políticas Públicas e estas orientam-se por aqueles. Essa premissa balizou a estruturação e organização da presente coletânea.

A presente obra, composta por doze (12) artigos produzidos pelos/pelas pesquisadores/pesquisadoras das três Instituições (Unibrasil, PR; FDV, ES e Unoesc, SC), está dividida em dois blocos de artigos. O primeiro deles, trata das Políticas Públicas. São seis (6) trabalhos. Nele, as Políticas Públicas são analisadas do ponto de vista filosófico, jurídico-constitucional e prático, como mecanismo

¹ Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil, PR), Faculdade de Direito de Vitória (FDV, ES), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Pontifícia Universidade Católica Do Peru (PUCP), Universidade de Externado de Colômbia, Universidade de Fortaleza (UNIFOR, CE), Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc, SC), Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC, RS), Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM), Universidade de Talca (Chile) e Universidade Católica de Cuyo (Argentina). Mais informações: <https://www.red-idd.com/>.



de proteção de Direitos. Em específico, elas foram discutidas na seara eleitoral e trabalhista.

O segundo bloco aborda o tema de Direitos Fundamentais. Há discussões sobre os diversos Direitos Fundamentais: a saber, à liberdade de expressão, ao tratamento de dados pessoais das crianças, ao cuidado, à educação prisional e à tributação justa e eficiente.

O princípio motor dessa obra foi o de que uma boa ciência precisa, direta ou indiretamente, ter conexão com a vida das pessoas e ser feita em rede. Esperamos que as pesquisas aqui apresentadas façam jus a esse mote.

BOA LEITURA A TOD@S.

Robison Tramontina (Unoesc, SC)

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (FDV, ES)

Bruno Meneses Lorenzetto (Unibrasil, PR)





POLÍTICAS PÚBLICAS

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE



Marcos Augusto Maliska¹

1 INTRODUÇÃO

Ao desenvolver o conceito “Estado Constitucional Cooperativo” Häberle (2007) considerou preponderantemente as formas de cooperação internacional do Estado, no sentido que o Estado Constitucional Cooperativo se coloca no lugar do Estado Constitucional Nacional, sendo a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, desenvolvendo com ela e nela o “direito comum de cooperação” (HÄBERLE, 2007, p. 70). Segundo ainda o Professor de Bayreuth, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição tonar-se internacional.²

Häberle (2007), no entanto, não exclui outros desenvolvimentos do conceito, deixando em aberto as formas de cooperação no plano interno. Nesse sentido, escreve que

[...] o Estado Constitucional ocidental é concebido como tipo atual, e a sua existência como tal é que permite, nesse quadro, modificações em uma extensão consideravelmente variável: decisiva é sua estrutura aberta – tanto para dentro como para fora. Ela é garantida pela democracia pluralista, por direitos fundamentais, por elementos da divisão dos poderes que devem ser ampliados no âmbito da sociedade, e por um Poder Judiciário independente (HÄBERLE, 2007, p. 2).

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) do UniBrasil – Centro Universitário. Procurador Federal.

² Sobre a influência da obra de Peter Häberle sobre o direito constitucional brasileiro, ver Maliska (2016, p. 175-188).



A participação da sociedade civil na formulação e na execução das políticas públicas decorre das características fundamentais do chamado Estado Constitucional Cooperativo, ou, como diz Häberle (2007) acima, da “divisão de poderes que devem ser ampliados no âmbito da sociedade”. O presente artigo, desta forma, irá procurar explorar o conceito “Estado Constitucional Cooperativo”, na sua dimensão interna, para demonstrar as formas de participação da sociedade civil na formulação e na execução de políticas públicas, que aqui serão tratadas como cooperação normativa e cooperação material.

Há dois sentidos de cooperação: o normativo e o material. Por cooperação em sentido normativo, se entende as várias formas de compartilhamento da atividade legislativa normativa, de participação de atores privados no processo legislativo, decorrente de um pluralismo jurídico previsto no quadro constitucional (MALISKA, 2013). A cooperação no plano material, de outro modo, são muitas e de variado tipo. Desta forma, se tem tanto a participação nos procedimentos de organização e realização dos direitos fundamentais de prestação, como todas as formas de parcerias entre o poder público e a sociedade, visando atingir uma finalidade de interesse público (MALISKA, 2013). O texto ainda explora os pressupostos necessários para essa cooperação, consistentes na ideia de que o Estado Constitucional Cooperativo exige uma sociedade civil forte, atuante, que não se submeta ao Estado como algo externo a ela, mas que possa, de fato, fazer valer, no plano da atuação estatal, o princípio da soberania do povo. Trata-se, em síntese, do pressuposto da maturidade democrática inerente a toda sociedade que pretenda viver sob o regime de um Estado Constitucional.

2 AS FORMAS DE COOPERAÇÃO NORMATIVA

A cooperação normativa pode ser compreendida tanto na abertura do processo legislativo estatal à cooperação com a sociedade civil, quanto no reconhecimento de um pluralismo jurídico inerente a ordem jurídica constitucional.

No plano da cooperação normativa é possível se observar o Estado Cooperativo em diversas perspectivas. Inicialmente, ele pode ser identificado com o Federalismo cooperativo, conceito que caracteriza o modelo Federal que deu respostas aos desafios do Estado Social. Na experiência histórica alemã, o



coordinate esteve presente desde a fundação do *II Reich*, constituindo uma das características mais destacadas da tradição federal alemã. Esta coordenação e influência recíproca, sob o ponto de vista legislativo, estiveram presentes no federalismo alemão por meio da concorrência legislativa, em especial pelo desenvolvimento de formas imperfeitas de concorrência, como a legislação marco e a legislação de princípios (ROVIRA, 1986). Assim, ainda que de forma menos expressiva, é possível identificar traços do federalismo cooperativo legislativo na Constituição brasileira, em especial nas matérias de competência concorrente entre a União e os Estados (MALISKA, 2010).

O Estado Cooperativo pode também ser identificado com a possibilidade de abertura do processo legislativo à participação da sociedade civil em sentido amplo. Conforme o pensamento de Errass (2010), na condição de centro de gravitação do Estado Cooperativo, a legislação cooperativa interessa-se pela cooperação entre Estado e Sociedade. Desta forma, o ator legislativo estatal depende da capacidade de cooperação dos cidadãos na realização das tarefas do Estado Prestacional. Estado e Sociedade dividem tarefas e responsabilidades. Esse fenômeno apresenta um Estado que necessita do auxílio da sociedade, visto que a atividade legislativa não é mais uma pretendida atribuição estatal, mas uma atribuição estatal cooperativa.

No mesmo sentido, sustenta Voigt (1995), que o Estado Cooperativo parte da premissa da interação entre Estado e Sociedade, que encontra sua expressão no conceito de “pluralismo político”, no qual os partidos políticos têm um papel significativo, como também no conceito de “pluralismo social”, que ressalta a importância da representação da sociedade civil organizada.

Para Becker (2005), o Estado se desloca, sob o ponto de vista da soberania interna, da posição de supremacia em face dos grupos sociais, tendo em vista a centralização administrativa e legislativa, para encontrar novas tarefas em formas de organização e coordenação, moderação e intermediação. Trata-se da possibilidade de participação privada no processo legislativo em diferentes níveis, desde a intermediação de informações por meio de Ouvidoria, passando pelo direito de co-manifestação nas discussões, chegando até ao direito de co-participação nas decisões.³

³ O autor aponta como exemplo adequado de participação privada na produção normativa a chamada *Tarifvertrag*, o acordo feito entre as associações de empregadores e os sindicatos de



A cooperação normativa pode ser vista também sob o ponto de vista de outras formas de produção normativa. Tem-se aqui a abertura da Constituição ao pluralismo, no sentido do reconhecimento da existência de produção normativa não estatal, decorrente da ação de agentes sociais que, no marco da ordem constitucional, estabelecem normas jurídicas no âmbito de suas associações. Em certo sentido, reconhece-se que o Estado não possui exclusivismo na produção normativa, mas que ele compartilha a produção do direito com formas não estatais.⁴

Nesse sentido, observa Meder (2009) que o direito tanto surge por meio de comandos que vêm de cima, quanto de baixo, espontaneamente. No primeiro caso, refere-se o professor de Hannover ao *ius scriptum*, no segundo ao *ius non scriptum*. Esse se relaciona, em especial, com o direito costumeiro, com a doutrina jurídica (*Juristenrecht*) e com a autonomia, essa última entendida como a competência de determinado círculo (pessoas jurídicas, corporações, associações e organizações) para produzir normas.

Os casos de produção normativa não estatal implicam em cooperação em razão do elemento constitucional comum. Não há pluralismo sem Constituição. Essa importante constatação promove a unidade da ordem constitucional pluralista, que não obstante reconhecer a existência de direitos espontâneos, que nascem no contexto de uma ordem constitucional assentada sob o princípio da liberdade, exige observância a seus fundamentos. Em certo sentido se tem aqui os dois princípios que fundamentam a ordem constitucional: liberdade e igualdade. Se o pluralismo reivindica legitimamente a autonomia para a produção de normas, a ordem constitucional, em nome da igualdade, não se furta de exigir observância dessa autonomia à Constituição. Na síntese entre esses dois aspectos estão os fundamentos da ordem constitucional pluralista.

3 AS FORMAS DE COOPERAÇÃO MATERIAL

Ao se falar em formas de cooperação material reúnem-se as diversas parcerias entre o poder público e a sociedade com o objetivo de atingir uma finalidade de interesse público.

trabalhadores para regular o conteúdo, o início e o fim da relação de trabalho, questões ocupacionais, os direitos e as obrigações das partes.

⁴ Sobre essa temática na perspectiva dos conceitos desenvolvidos pelo sociólogo do direito Eugen Ehrlich, em especial o seu conceito de “direito vivo”, ver Maliska (2015).



Inicialmente é possível se referir ao conceito de participação nos procedimentos de organização e realização dos direitos fundamentais de prestação (CANOTILHO, 1993), aquilo que Häberle (1980), atualizando o “status ativo” de Jellinek, chamou de “status ativo processual”. O direito do cidadão aos direitos fundamentais prestacionais, desta forma, não se resume ao acesso e uso das prestações, mas igualmente no direito, talvez “dever”, sob o ponto de vista republicano, de participação na organização e na realização da prestação desses direitos. Trata-se de abertura da estrutura administrativa estatal à participação da sociedade civil.

Aqui se tem um aspecto de grande importância no tema dos direitos fundamentais prestacionais, consistente na ideia de que há tanto o direito de acesso e uso das prestações estatais, como também o direito de participação na organização e realização dessas prestações. Esse direito/dever pode ser investigado sob o ponto de vista de uma administração pública ainda refratária, na prática, aos mecanismos de participação (se diz na prática, em razão de que a legislação já dá os contornos formais para a participação), como na perspectiva da sociedade em si, que se aliena dessa participação. Assim, em ambos os casos, deve-se resgatar a noção republicana de “dever cívico”, fundamento de toda sociedade humana. Nas palavras de Cícero: “o que faz, principalmente, manter a união e a boa harmonia entre os homens, é que cada um se dedica particularmente a prestar serviços aqueles a que estão mais diretamente unidos” (CÍCERO, 2001, p. 46). Esse direito subjetivo de participação, na perspectiva do cidadão, como esse dever de participação, sob o ponto de vista do Estado e da Sociedade, no sentido de se exigir do cidadão uma tomada de posição, são pressupostos de um Estado Constitucional. Não há espaço para “tutela” no Estado Constitucional. O Estado Constitucional tem o compromisso com o “fomento” da cidadania, mas jamais com a sua tutela. Quando se quer tutelar a cidadania tem-se o seu aniquilamento.

Outras formas de cooperação material são encontradas no Federalismo cooperativo e seus mecanismos de cooperação regional com vistas à superação das desigualdades espaciais. Como se escreveu em outro momento,

[...] o Federalismo cooperativo apresentou-se, de certa forma, como a resposta do federalismo aos desafios do Estado Social. Enquanto que o chamado Federalismo dual era identificado com o Estado Liberal, o Federalismo cooperativo, em sintonia com



o constitucionalismo social do Século XX, buscou desencadear mecanismos de cooperação regional visando à superação das desigualdades espaciais. Ao lado da solidariedade social promovida pela redistribuição da renda, o constitucionalismo social promoveu a cooperação material com regiões menos desenvolvidas. Talvez se possa afirmar que a manutenção da unidade nacional dependa desses mecanismos de solidariedade espacial, que guardadas as devidas proporções e mediados por outros critérios, também esteve presente ao longo do Século XIX, quando do surgimento e consolidação dos Estados Nações (MALISKA, 2013, p. 90).

Sob a ótica da ordem constitucional brasileira, escreve Horta que

[...] a cooperação no federalismo brasileiro originou-se com a implantação dos organismos regionais, para expandir-se no plano constitucional da repartição tributária de impostos federais e de impostos estaduais, beneficiando Estados e Municípios, mediante a atribuição de percentuais de arrecadação dos impostos que se tornaram objeto da repartição (HORTA, 2003, p. 459).

A cooperação material encontra-se também presente nas formas de parcerias com o setor privado para a realização de políticas públicas. Tem-se que elas podem decorrer tanto diretamente da lei, quanto de acordos pactuados entre as partes. Constituem-se formas de cooperação material, decorrentes diretamente da lei, o caso das sociedades de economia mista, visto que as mesmas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem, em sua maioria, ao poder público. Trata-se de parceria do Estado com particulares com o objetivo de desenvolver políticas públicas. Outros exemplos encontram-se nas autarquias profissionais, nas entidades paraestatais ou no serviço social autônomo (MALISKA, 2013).

A cooperação material do poder público com a sociedade encontra-se também nos convênios firmados entre o poder público e a sociedade, em especial, mas não necessariamente, as chamadas instituições sem fins lucrativos. Nesse âmbito encontram-se tanto as chamadas instituições do terceiro setor (fundações privadas e organizações sociais), bem como os casos de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. É possível igualmente se fazer referência



às chamadas parcerias público-privadas para a execução de obra pública e (ou) prestação de serviço público (MALISKA, 2013).

No âmbito da Constituição brasileira se identifica claramente formas de cooperação material. A previsão constitucional, por exemplo, da garantia do desenvolvimento nacional como um objetivo da República brasileira, claramente aponta que não apenas o Estado, mas também o conjunto da sociedade deve ser guiado por esse objetivo. Assim, o conjunto das políticas públicas que se direciona, em sentido amplo, para alcançar esse objetivo constitucional, necessita contar com a participação da sociedade civil. Não se deve esquecer, com bem lembra Kirste (2016), que no Estado de direito democrático vale não apenas o princípio que o Estado está a serviço das pessoas e não as pessoas a serviço do Estado; no Estado democrático de direito tem-se também muito mais, que o Estado só se realiza por meio das pessoas. Portanto, na essência, o Estado Constitucional é Cooperativo. Os Estados Constitucionais desenvolvidos somente são desenvolvidos em razão de uma ampla esfera de ação da sociedade civil livre e democrática, que, comprometida com os princípios e valores da ordem constitucional, se coloca ao lado do Estado como guardiões das conquistas e na busca de novas realizações.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Abertura, cooperação e integração são conceitos que caracterizam a Constituição e dão sentido ao Estado Constitucional como um Estado Constitucional Cooperativo. Não há Estado Constitucional forte sem sociedade civil forte. A razão de existir do Estado são as pessoas. Assim, portanto, o controle sobre o exercício do poder estatal é uma premissa da ordem constitucional. Para isso, os mecanismos de participação na formulação das políticas públicas e na sua execução são elementos indissociáveis da ordem constitucional.

O conceito de Estado Constitucional Cooperativo vem acentuar essa característica da ordem constitucional atual, pois diferente do chamado Estado Constitucional Nacional, ainda permeado por uma visão de Estado centrada no seu poder unilateral e superior, exercendo supremacia em face dos grupos sociais tendo em vista a centralização administrativa e legislativa, o Estado Constitucional



Cooperativo caracteriza-se por novas formas de organização e coordenação, moderação e intermediação.

A sociedade civil, assim, tem um papel fundamental na execução das políticas públicas, pois ela deve participar juntamente com o Estado em formas de cooperação na execução das políticas públicas. O Estado de Bem Estar Social do Século XXI é um Estado que exige a participação da sociedade civil na formulação e execução das políticas públicas.

O Estado Constitucional Cooperativo convoca o cidadão para fazer parte da tomada de decisões públicas, pois incorpora em sua estrutura a necessidade de se fomentar a consciência política cidadã, a ideia republicana de dever cívico.

Os direitos são conquistados, não são dados. Essa é a consciência primeira para que se possam ter políticas públicas eficientes, que viabilizem os direitos previstos na Constituição. Se se quer ter direitos prestacionais de melhor qualidade, é necessário se ter a consciência de que isso depende de uma sociedade civil participativa, atuante, que cobre do Estado, que é o agente responsável pela arrecadação dos tributos, um retorno proporcional à contribuição fiscal exigida de todos.

O Estado hoje se legitima como uma associação social com prerrogativas diferenciadas em razão do bem estar que promove aos cidadãos. Se outrora foi a guerra que legitimava o Estado, hoje é o bem estar que ele propicia ao povo.⁵ A qualidade desse bem estar depende do próprio povo, consciente dos seus direitos e mobilizado para lutar por eles.

Essa descrição contempla aquilo que se encontra nos marcos da ordem constitucional. Trata-se de uma constatação normativa, ou seja, tanto as normas constitucionais como as infraconstitucionais estabelecem mecanismos de participação popular e formas de controle da sociedade sobre o exercício do poder estatal.⁶ No entanto, se tem um impasse, decorrente de uma geral inamovibilidade da sociedade, que ainda que demonstre insatisfação não

⁵ Sobre a mudança no papel do Estado ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, ver Creveld (2004, p. 507-508).

⁶ Nesse sentido, por exemplo, o art. 198 III da Constituição Federal estabelece que a participação da comunidade é uma das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde. Da mesma forma, o art. 206 dispõe que a gestão democrática do ensino público é um princípio do ensino. No plano infraconstitucional, a Lei 8742/1993, que trata da organização da assistência social, dispõe no art. 5º que se constitui uma das diretrizes da organização da assistência social a “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.



consegue traduzi-la em algo positivo que efetivamente promova mudanças. Não obstante a previsão normativa da participação, ela não se realiza de fato ou, ao menos, a sua participação não se traduz em algo positivo, sob o ponto de vista do aperfeiçoamento das políticas públicas.

Um primeiro passo nessa mudança de consciência talvez esteja no reconhecimento do papel e do poder que cada indivíduo tem na sociedade. Esse poder é proporcional a sua responsabilidade, entendida aqui no sentido que Brugger (2005) designa de (i) reciprocidade; (ii) responsabilidade por violação de direitos e (iii) responsabilidade social (solidariedade em face do risco de fracasso de planos de vida individuais isolados e de toda comunidade).

Em certo sentido, se falar hoje em cooperação entre Estado e Sociedade civil na realização de políticas públicas é resgatar esse papel da sociedade. A noção de cooperação exige a delimitação clara das duas esferas no tocante à identificação e à motivação para a cooperação. Em outras palavras, pode-se dizer que o sentimento mesmo de cooperação depende do sentimento de responsabilidade para com os destinos da comunidade. Uma questão que talvez seja necessária debater é saber se não se perdeu, atualmente, esse sentimento de responsabilidade para com os destinos da comunidade. Coloca-se esse questionamento em razão de, no âmbito do debate constitucional sobre os direitos fundamentais, em especial no Brasil, haver um consenso sobre a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos fundamentais sociais, pois a deficiência na sua prestação seria uma das principais causas dos problemas que afligem o país. No entanto, quando se aponta para a solução do problema da falta de efetividade desses direitos, direcionam-se as exigências ao Estado, como se ele fosse um agente externo à própria sociedade, responsável por suprir esses direitos, e ressalta-se o papel do Poder Judiciário na garantia desse dever estatal.

Quanto à questão da responsabilidade dos próprios cidadãos para com os destinos da comunidade, merece referência, pelo seu valor histórico, o importante trabalho feito por Zedar Perfeito da Silva, na obra “Oeste Catarinense”, publicado pela Gráfica Laemmert, do Rio de Janeiro, em 1950:

Em fevereiro de 1948 tive a feliz oportunidade de percorrer pela primeira vez o Oeste Catarinense. Fui aconselhado por alguns



amigos a levar comigo uma arma de fogo, porque a gente lá de cima, pensavam eles, resolvia tudo no trabuco. Lá, estava situado o nosso far-west. Encontrei um povo operoso, progressista e sobremodo hospitaleiro. Cidades de poucos anos, com índice de educação muito alto. Vida social. Bons jardins. Estações de rádio. Ótimos clubes. Magníficas residências. Grandes indústrias. Comércio movimentadíssimo até com o exterior. Lavouras bem orientadas. Produção formidável. Logo compreendi que havia muita ignorância sobre o Oeste Catarinense e que muita gente do litoral ainda não compreendera o seu período de formação, assim como os americanos compreenderam a sua marcha para o oeste, sem que ninguém ouse afirmar que aquilo é a atual civilização americana! Ao regressar a Florianópolis, escrevi um artigo para 'A Gazeta', intitulado 'Impressões sobre o Oeste Catarinense', que alcançou uma repercussão fora do comum. Muitas pessoas perguntaram-me se eu não tinha carregado nas tintas [...] Ou se era a imaginação de escritor que vira miragens! Não houve exagero. Pelo contrário, houve muitas omissões. Não dei sequer aos leitores de 'A Gazeta' uma ideia do valor real que aquela futurosíssima zona atualmente representa para o Estado. Data daí o meu grande interesse em preparar um livro que conseguisse mostrar em toda a sua pujança o Oeste Catarinense a Santa Catarina e ao Brasil. [...] Incluí nos meus estudos, pela ordem das visitas: – Porto União, Caçador, Videira, Tangará, Joaçaba, Capinzal, Piratuba, Concórdia e Chapecó. [...] Rumando de trem para Joaçaba, já levava comigo uma magnífica impressão dos municípios visitados, onde mais uma vez senti o valor daquela gente trabalhadora e como era cálida e espontânea a sua hospitalidade. [...] Nas paredes da Prefeitura encontram-se cartões com estes dizeres: – 'Todos os livros e documentos da Prefeitura Municipal de Joaçaba, com relação à receita e a despesa do Município, estão à inteira disposição de quem queira examiná-los'. 'Solicitamos encarecidamente não gratificar qualquer funcionário, ainda que sob qualquer pretexto'. [...] Observei no oeste catarinense que os homens da lavoura, do comércio e da indústria não esperam tudo do governo. Pelo contrário, possuem espírito público e procuram sempre prestigiar ou mesmo amparar as grandes realizações oficiais. Não é de outra maneira que se compreenderá que cidades de poucos anos de existência tenham alcançado um desenvolvimento tão rápido como aconteceu com muitas delas no oeste catarinense. Em Concórdia, como em toda a região, o homem unicamente se preocupa em prosperar. Para a consecução desse justo objetivo não se cansa de produzir. É confortadora a impressão que o observador sente ao entrar em contato com uma população assim valorosa, simples e hospitaleira (SILVA, 1950).



A importância inquestionável das políticas públicas estatais redistributivas não pode suplantar os limites do Estado Constitucional, consistentes na garantia do espaço vital da sociedade, do direito de participação da sociedade na deliberação e execução dessas políticas. A complexidade e diversidade de um país como o Brasil exige que os problemas sejam pensados também em nível local. A Constituição, sob o plano normativo, caminhou nesse sentido, quando fortaleceu o Município como esfera pública privilegiada para gerir os serviços públicos que garantem direitos fundamentais prestacionais. No entanto, a centralização orçamentária e certo consenso de que a solução dos problemas está com o outro, ou seja, de que as mazelas do setor público são de responsabilidade das esferas mais elevadas de decisão, visto que é lá que se encontra o poder efetivamente, esvaziam a participação da comunidade, retiram o sentimento de cidadania e enfraquecem como um todo o Estado Constitucional.

Merece referência, como exemplo contrário do que aqui se propugna, a posição do Ministério da Saúde quanto ao ocorrido no Município de Barueri, no Estado de São Paulo. O município, localizado na região metropolitana de São Paulo, instituiu um cartão para atendimento ambulatorial no Serviço Único de Saúde – SUS do município, destinado apenas às pessoas residentes no município. Com a medida, pessoas residentes em outros municípios apenas podiam receber atendimento pelo SUS de Barueri em casos de urgência e emergência. O município justificou a medida afirmando que investe 27% da arrecadação em saúde, enquanto o exigido por lei é de 15%. Com esse investimento o Município consegue ter quatro médicos para cada 100 mil habitantes, o dobro da média nacional. No entanto, mesmo com esse investimento, o município viu o seu sistema ficar sobrecarregado em razão das pessoas residentes em municípios vizinhos. Um dos municípios vizinhos é Carapicuíba, onde a população confirma que tem utilizado o sistema de saúde de Barueri. O Hospital Geral de Carapicuíba também recebe pacientes de outros municípios em nome da universalidade do sistema de saúde brasileiro. A posição do Ministério da Saúde sobre o tema foi de que notificaria a Secretaria municipal de Saúde de Barueri para que não houvesse discriminação aos pacientes do SUS. Segundo ainda o Ministério, o sistema permite compensação financeira entre os municípios em caso de atendimento a pacientes de outras localidades.⁷

⁷ Conforme notícia divulgada em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2014/01/barueri-sp-cria-cartao-que-prioriza-moradores-na-rede-publica-de-saude.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.



Os custos de financiamento do Sistema Único de Saúde brasileiro já foram objeto de análise em outro momento (MALISKA; OLIVEIRA, 2014). No entanto, independente dessa questão, deve-se ressaltar aqui a importância que a atribuição de responsabilidade local traz para a cidadania e para a democracia do país como um todo. Encontra-se no âmbito local a responsabilidade para com a prestação do serviço público de saúde.⁸ É no município que o eleitor escolhe o candidato que irá governar o município e tem condições de saber se o eleito está fazendo boa gestão. Quando o cidadão residente em um município, se dirige a outro para realizar tratamento médico preventivo, de rotina, ele desequilibra a relação que deve existir entre o cidadão e o governo que o representa. Sob o ponto de vista da responsabilidade política e jurídica, um município não deve atender pacientes de outros municípios. Por certo que o nível de complexidade do atendimento irá exigir a existência de centrais regionais sediadas em um município que atendam pessoas de outros. No entanto, para o atendimento básico, cada município deve ter o seu próprio sistema. Se o sistema não funciona a contento, o cidadão deve exigir do seu governante a melhoria do mesmo. Quando isso não ocorre, em razão do atendimento ser realizado em outro município, o governante se desincumbe de um dever e o cidadão não exerce o seu papel de participação na organização e realização da prestação pública. O diagnóstico geral é de que a democracia, a cidadania, os fundamentos da ordem constitucional se enfraquecem e deixam espaços para outros tipos de relações que retiram a sustentabilidade de longo prazo da ordem constitucional.

As políticas públicas no Estado Constitucional Cooperativo resgatam, desta forma, a dimensão local da participação democrática, visto que é no espaço de convivência local que se pode exigir melhor qualidade das políticas públicas. Como bem observa Di Fabio (2001, p. 32), “o exercício comunitário da liberdade pressupõe a delimitação política da comunidade”, ou seja, para um morador de uma pequena cidade, quando se fala em Ministério da Saúde, SUS, bilhões de reais investidos, etc. tudo isso possui pouco significado. A democracia para ele não significa participar dessa discussão, visto que ele nem mesmo tem condições, muitas vezes, para opinar sobre esse tema. Isso tudo é uma realidade

⁸ Dispõe o art. 18, inciso I, da Lei 8.080/90, que à direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.



muito distante. A participação política desse cidadão e a sua contribuição para o fortalecimento da democracia no país está no direito que ele tem de intervir na política que é realizada no município onde ele reside. Ali ele conhece o funcionamento da prestação pública e pode participar efetivamente do seu aperfeiçoamento.

Os problemas de efetividade dos direitos prestacionais também necessitam ser enfrentados no âmbito local. A maior participação da sociedade civil na organização e realização dessas prestações, inevitavelmente, irá conduzir para um aperfeiçoamento da prestação. Estado e Sociedade devem caminhar juntos na realização dos direitos prestacionais. A falta de compromisso e responsabilidade cidadã para com os destinos da comunidade faz com que se fortaleçam concepções que são a causa do atraso do desenvolvimento do país. Quando não se encampa a prestação estatal como um direito, tanto de acesso e uso da prestação, como de participação, se cria um ambiente favorável para o uso clientelista da prestação pública. Esse é, de fato, o grande gargalo da democracia e da cidadania no Brasil. O Estado Constitucional brasileiro encontra-se diante desse enorme desafio, que consiste na promoção da cidadania, da autonomia, da responsabilidade individual e social, no fortalecimento da ideia de comunidade (mais do que sociedade, visto que se ressalta sobremaneira o sentimento de inclusão e participação).

Desta forma, não há nenhuma solução mágica. O Estado Constitucional Cooperativo ressalta a noção de que o Estado se realiza por meio das pessoas. O Estado é o povo, é a comunidade, é a sociedade. A cooperação é um elemento intrínseco do Estado Constitucional. As políticas públicas não provêm do Estado como algo que vem de cima para baixo, mas exigem a participação da comunidade, tanto na sua formulação quanto execução. Somente com um forte sentimento de pertencimento é possível existir políticas públicas mais eficientes, que atendam melhor a comunidade e os objetivos a que se destinam.

5 CONCLUSÃO

Do exposto no presente texto, talvez seja necessário ressaltar que a noção atual de Estado Constitucional somente pode ser pensada como Estado Constitucional Cooperativo. A Constituição brasileira, em especial, claramente recepciona esse conceito, que necessita ser explorado nos seus diversos aspectos.



Nesse contexto, a participação da comunidade na formulação e na execução das políticas públicas é algo inerente à ordem constitucional. Além da participação da sociedade civil organizada em um plano mais amplo, abrangente da vida nacional, é importante observar que a noção de Estado Constitucional Cooperativo também resgata a indispensável noção da participação comunitária local, junto à prestação do serviço público. A qualidade daquilo que é prestado, o grande entrave dos direitos prestacionais no Brasil, necessita dessa participação. Sem ela o direito de acesso e utilização fica prejudicado. O direito fundamental à prestação deve ser compreendido tanto no direito de acesso e uso da prestação, como no direito de participação na organização e realização da prestação.

Por fim, é importante também anotar que há uma dimensão política inexplorada no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. As políticas públicas que operacionalizam essas prestações necessitam ter esse canal político de participação cidadã. A judicialização deve ser compreendida, assim, como mais um instrumento em um amplo campo de ação da comunidade no seu trabalho de ação cooperativa com o Estado na efetividade dos direitos fundamentais prestacionais.

REFERÊNCIAS

BECKER, F. **Kooperative und konsensuale strukturen in der normsetzung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

BRUGGER, W. A pessoa humana dos Direitos Humanos. In: **Cadernos de Direito e Relações Internacionais do UniBrasil**. v. 5, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CÍCERO, M. T. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CREVELD, M. V. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DI FABIO, U. **Der verfassungsstaat in der weltgesellschaft**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.



ERRASS, C. **Kooperative rechtssetzung**. Zuriqe: Dike, 2010.

HÄBERLE, P. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, P. **Die Verfassung des Pluralismus**. Studien zur verfassungstheorie der offenen gesellschaft. Königstein: Althenäun, 1980.

HORTA, R. M. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KIRSTE, S. O Direito Humano Fundamental à Democracia. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, 2016.

MALISKA, M. A. Die geschichte des brasilianischen Föderalismus. *In: Jahrbuch des öffentlichen rechts der gegenwart*, v. 58, 2010.

MALISKA, M. A. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MALISKA, M. A. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MALISKA, M. A.; OLIVEIRA, H. L. de. A dualidade dos sistemas público e privado de saúde: reflexões a partir do direito fundamental à saúde. *In: COELHO, L. F.; ALVES, R. T. M.; ROCHA, S. C. (orgs.). Direitos humanos e novos direitos na contemporaneidade*. Francisco Beltrão-PR: Grafisul, 2014.

MALISKA, M. A. Rezeption von häberle in brasilien. Die brasilianische verfassung im kontext der internationalen öffnung, kooperation und integration. *In: Ooyen, R. C. V.; Möllers, M. H. W. (orgs.). Verfassungs-kultur*. Staat, Europa und pluralistische gesellschaft bei Peter Häberle. 1. ed. v. 1, p. 175-188. Baden-Baden: Nomos, 2016.

MEDER, S. **Ius non scriptum** – Traditionen privater Rechtsetzung. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.



ROVIRA, E. A. **Federalismo y cooperacion en la Republica Federal Alemana.**

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SILVA, Z. P. da. **Oeste catarinense.** Rio de Janeiro: Gráfica Laemmert, 1950.

VOIGT, R. (org.). **Der kooperative staat.** Krisenbewältigung durch verhandlung?

Baden-Baden: Nomos, 1995.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE AMARTYA SEN



Irenice Tressoldi¹
Robison Tramontina²

1 INTRODUÇÃO

A orientação dada às políticas públicas interfere diretamente em diversos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade. A depender da perspectiva atribuída às políticas públicas, os cidadãos poderão ter mais ou menos garantidos seus direitos fundamentais.

Amartya Sen identifica a necessidade de o Estado preocupar-se com o desenvolvimento das capacidades dos cidadãos, como enfoque principal de sua atuação. Assim, a ampliação das liberdades individuais e coletivas devem ser priorizadas em relação ao desenvolvimento econômico. A garantia contínua das liberdades amplia, assim, a capacidade dos indivíduos de levarem vida que têm razão para buscar, bem como de participar das atividades coletivas da sociedade.

Dessa forma, pretende-se com esta pesquisa analisar as contribuições que a perspectiva das capacidades desenvolvida por Amartya Sen pode conferir à elaboração, desenvolvimento, execução e avaliação de políticas públicas.

O problema imanente à pesquisa constitui-se em quais contribuições podem ser extraídas do enfoque das capacidades de Amartya Sen para a formulação, desenvolvimento e execução de políticas públicas em uma sociedade democrática?

A hipótese relacionada refere-se especialmente à priorização do desenvolvimento das capacidades dos indivíduos e da coletividade sobre o desenvolvimento econômico.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio.

² Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC-CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos/Fundamentais e Teorias da Justiça. ORCID: 0000-0002-1852-4983.



Para o desenvolvimento da pesquisa qualitativa, utilizou-se o método dedutivo, com a análise de conceitos e premissas da literatura científica acerca dos temas pesquisados, mediante pesquisa teórica orientada pela leitura de livros e de artigos publicados em revistas científicas.

Na primeira parte do texto, abordam-se os elementos principais que compõem as políticas públicas, seus atores e ciclos, a fim de delinear o que são políticas públicas.

Em seguida, a partir do referencial teórico e dos conceitos de desenvolvimento e de liberdade formados por Amartya Sen nas obras “Desenvolvimento como Liberdade” e “A ideia de Justiça”, abordam-se as políticas públicas sob um viés inclusivo, capaz de proporcionar desenvolvimento pessoal, permitindo o efetivo acesso por todos os cidadãos aos equipamentos urbanos disponíveis para expressão e proteção de direitos fundamentais.

Ao final, verifica-se que a perspectiva do desenvolvimento como liberdade contribui em diversos aspectos para a formulação, implementação e execução de políticas públicas, na medida em que busca a ampliação das liberdades individuais de coletivas como forma de desenvolvimento social.

2 ELEMENTOS QUE COMPÕEM POLÍTICAS PÚBLICAS

Enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica, a política pública surgiu nos Estados Unidos, com ênfase em estudos sobre a ação dos governos. Já na Europa, os estudos e pesquisas sobre política pública concentraram-se inicialmente na análise sobre o papel Estado, como produtor de políticas públicas, e suas instituições (SOUZA, 2006).

Com fim da Segunda Guerra Mundial o Estado passou a ter diversas funções de cunho social, com a inclusão nas agendas governamentais de políticas de saúde, seguridade social, habitação, alterando o modo de agir dos governos, agora voltado à realização de políticas públicas.

Como fundamento mediato do surgimento das políticas públicas, pode-se apontar a própria existência de direitos sociais, caracterizados por meio de prestações positivas do Estado. Nessa perspectiva, a legitimação da função do Estado de coordenar os serviços públicos e as ações privadas para realização de direitos dos cidadãos encontra-se no convencimento da sociedade da necessidade



de realização dos direitos sociais, tais como saúde, habitação, previdência, educação. Além disso, há políticas setoriais que não se fundam diretamente em direitos sociais, mas que são destinadas ao desenvolvimento, para aumento do nível e da qualidade de vida dos cidadãos, como a política industrial, de energia, de transporte (BUCCI, 1997).

Convém destacar a diferença conceitual apontada por Parada (2006) entre política e política pública. Para o autor ambos os conceitos estão interligados, na medida em que a política pode ser vista como um meio de estabelecer políticas públicas ou influenciá-las, de modo a moldar tanto as propostas de políticas públicas, como aquelas que se materializam. Dessa feita, a política é um conceito amplo, que se refere ao poder geral, enquanto políticas públicas são soluções específicas acerca de como administrar assuntos públicos.

Não existe uma definição exata do que sejam políticas públicas. Souza (2006, p. 24) destaca que o conceito mais conhecido é o adotado por Lasswell, segundo o qual “[...] decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”.

Nesse passo, Lasswell ([entre 1975 e 1980]) aponta que as abordagens de políticas públicas tendem para a contextualidade ao invés da fragmentação, e são orientadas para a solução de problemas, ao invés de ignorá-los. Desse modo, abordagens parciais tendem a se tornar contextuais, operando-se com uma concepção de todo o processo político-administrativo e do processo social como um todo.

Lima e D’Ascenzi (2018) trazem a política pública como meio para enfrentamento de um problema social, com olhar voltado para a melhor forma de moldar a sociedade do futuro. Assim, as políticas públicas têm como razão de ser a promoção de mudanças sociais. Legitima-se, portanto, com o enfrentamento de um determinado problema social: “[...] algo que é considerado indesejável e que desperta uma ação em contrapartida” (LIMA; D’ASCENZI, 2018, p. 36).

Definições menos amplas de políticas públicas, entendem-nas como um processo de construção de intervenções na realidade social, por meio do qual são formulados e implementados programas de ação pública, coordenados em torno de objetivos explícitos (LIMA; D’ASCENZI, 2018).

Para Souza (2006), política pública é um campo de conhecimento que ao mesmo tempo em que procura colocar o governo em ação ou analisar a ação do



governo, busca propor mudanças no rumo ou no curso dessas ações. Representam o momento em que os governos colocam em prática seus propósitos e plataformas eleitorais por meio de programas e ações que vão produzir mudanças no mundo real. Assim, depois de desenhadas e formuladas, as políticas públicas desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados, ou sistema de informação e pesquisas e, quando são implementadas (colocadas em ação), passam a ser submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação.

Para Lima e D'Ascenzi (2018) essa visão focada no protagonismo dos governos nos processos das políticas perdeu bastante do seu vigor em razão da crescente complexão social e das modificações nas relações entre o Estado e a sociedade. Segundo os autores, novos agentes sociais, como redes de políticas públicas e organizações internacionais, são constantemente acrescentados à essa relação e vêm assumindo um papel de destaque na proposição, defesa e/ou financiamento de políticas próprias, que buscam o encaminhamento de problemas sociais.

Diante disso, a conceituação de políticas públicas deve assumir uma dimensão mais ampla – ou seja, que vai além das políticas governamentais. Seria, assim, uma forma de enfrentar problemas públicos, caracterizados como aqueles que passam a integrar uma esfera de reconhecimento intersubjetivo, a partir da sua discussão por atores interessados. Dessa feita, no núcleo do conceito de política pública na atualidade encontra-se a ideia de ações coordenadas para responder a um problema reconhecido como público (SECCHI, 2015).

Embora não se possa alcançar uma definição exata de política pública, Lima e D'Ascenzi (2018) indicam cinco elementos que podem ser utilizados para delimitar uma definição para políticas públicas. Em primeiro lugar, os autores apontam o elemento processual, tratando-se a política pública como um conjunto de entendimentos, decisões e ações analisadas e implementadas por atores diversos. Em segundo lugar, um elemento de finalidade, para o qual o objetivo de uma política pública é responder organizacionalmente a um problema social. Em terceiro, uma perspectiva substantiva, apontando-se que as políticas públicas são orientadas por valores, ideias e visões de mundo, de modo que expressam entendimentos que se destacam na sociedade em determinado momento. Em quarto lugar, a interação e conflito entre os atores relacionados às políticas públicas, em razão do fato de que essas promovem a (re)alocação de recursos



sociais. Por fim, em quinto lugar, um efeito caracterizado pela (trans)formação de uma ordem local pela política pública, em um sistema no qual os atores (inter)agem e (re)manejam recursos.

Nesse viés, as políticas públicas hoje são criadas e direcionadas por ações voltadas à realização de serviços socialmente relevantes. E os elementos que as caracterizam e que buscam orientar e delimitar a ação social por meio da (trans)formação de estruturas sociais é composto pelos seguintes elementos (LIMA; D'ASCENZI, 2018):

1. Processo: conjunto de interpretações, decisões, ações e avaliações;
2. Finalidade: resposta política à percepção de um problema social;
3. Substância: orientadas por valores, ideias e visões de mundo;
4. Dinâmica: Interação e conflito entre os atores;
5. Consequência: transforma uma ordem local.

Esses elementos característicos de políticas públicas são trabalhados em cada caso concreto pelos atores das políticas públicas, que traduzem as necessidades sociais em ações que trarão benefícios à sociedade e que poderão se transformar em programas sociais.

2.1 ATORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Atores são aqueles têm algum interesse na política pública. Diante da multiplicidade de possibilidades de responder aos também múltiplos problemas públicos, os atores somente são identificáveis a partir da análise do caso concreto. Eles podem ser classificados como: (a) políticos eleitos, que são representantes legítimos dos interesses da coletividade, com autoridade institucionalizada enquanto durarem seus mandatos; (b) burocratas, que compõem o corpo de funcionários do Estado e tem como função administrar a máquina pública independentemente do processo eleitoral e do partido que sair vencedor; (c) grupos de interesse, que são os indivíduos que utilizam recursos como campanhas publicitárias, financiamento de campanhas eleitorais, marchas ou paradas, greves etc. para influenciar decisões e políticas públicas; (d) meios de comunicação ou mídia, que são atores importantes, pois amplificam e difundem



informações, reivindicações etc.; (e) beneficiários, que são os destinatários das políticas públicas, articulados ao interesse coletivo pela comunicação e pelos espaços de participação social institucionalizados; e (f) as agências reguladoras, que têm o papel de exercer a função reguladora do Estado sobre mercados não concorrenciais (LIMA; D'ASCENZI, 2018).

Embora não mencionados pelos autores supracitados, podem-se incluir também entre os atores de políticas públicas os cientistas políticos e os estudiosos sobre políticas públicas, que são capazes de sistematizar e impulsionar o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, Lasswell ([entre 1975-1980]) destaca que os especialistas do conhecimento lançam suas iniciativas para obter o apoio da sociedade chamando a atenção para a utilidade que certas formas especializadas de conhecimento podem ter para atingir os objetivos avaliativos de um número crescente de participantes da comunidade nacional (transnacional ou local).

A construção de uma política pública não é, assim, um processo abstrato, mas é resultado da interação entre atores sociais nas arenas políticas em que ocorrem os processos de políticas públicas. Lasswell ([entre 1975 e 1980]) destaca que a arena inclui tanto a apresentação de demandas como a tomada de decisões.

As diversas arenas políticas formadas na elaboração da Constituição Federal de 1988 são exemplos importantes da mobilização de repertórios de ação e de enfrentamento de diferentes atores da política com seus temas específicos. Consoante destacam Lima e D'Ascenzi (2018), as arenas são espaços de concentração de interesses e os resultados para as políticas dependem das negociações realizadas, fruto dos recursos de poder e dos repertórios de ação dos atores.

Essa construção formada com os diversos atores das políticas públicas é importante para a estabilidade e a eficácia das políticas públicas em cada caso concreto e em cada sociedade.

2.2 O QUE É UMA BOA POLÍTICA PÚBLICA?

Para Parada (2006) uma boa política pública depende dos fluxos de ação e informação relacionados a um objeto político definido democraticamente, por meio da discussão pública. Inclui, assim, as diretrizes, sua origem, objetivo,



justificativa (explicação pública), instrumentos, definições e previsão de resultados. Tudo isso mediante um amplo processo de participação, para tornar as políticas públicas condizentes com as reais necessidades da sociedade. O autor inclui as seguintes características para uma política pública de excelência (PARADA, 2006, p. 70):

1. Razão lógica ampla e não apenas específica (qual é a ideia? Para onde estamos indo?);
2. Estimativa de custos e alternativas de financiamento;
3. Fatores para uma avaliação de custo-benefício social;
4. Benefício social marginal em comparação com outras políticas (o que é uma prioridade?);
5. Consistência interna e adicionada (a que é adicionado? Ou o que começa?);
6. Provável apoio e crítica (política, corporativa, acadêmica);
7. Oportunidade política;
8. Sequência de medidas relevantes (o que vem primeiro? Quais condições o quê?);
9. Clareza de objetivos;
10. Funcionalidade do instrumento;
11. Indicadores (custo unitário, economia, eficácia, eficiência).

Em resumo, pode-se dizer que uma boa política pública depende de um planejamento adequado com as necessidades sociais e condições políticas, com previsão de seus objetivos, custos e operacionalidade, em conformidade com um debate público, plural e inclusivo.

Evidentemente, o planejamento adequado não é uma garantia de correção absoluta das políticas públicas. O alcance do objeto da política pública pode ser influenciado / alterado por fatores sociais, culturais, econômicos e decorrentes da própria assimilação coletiva das intenções decorrentes do programa ou da ação. Contudo, isso não invalida o sucesso ainda que parcial no alcance do(s) objetivo(s) conforme ações planejadas e promovidas.

Assim, dificilmente haverá uma convergência na direção de um modelo ideal de política pública, pois os seus arranjos dependem dos fluxos de cada



sociedade. Contudo, o planejamento é sempre importante ao tratar de políticas públicas, pois é neste momento que serão definidos os assuntos e/ou problemas de interesse de uma determinada sociedade.

2.3 CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O planejamento e a implementação das políticas públicas são desenvolvidos por ciclos distintos, dependentes um dos outros, por meio da interação entre os atores nas arenas políticas. Assim, os ciclos das políticas públicas complementam-se no caminho de construção ideológica e realização fática das políticas públicas.

Existe uma multiplicidade de denominações e segmentações dos ciclos das políticas públicas. Utilizar-se-á o modelo adotado por Saravia (2006), constituído por sete etapas: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.

Para Saravia (2006), a agenda trata-se da inclusão de pleito ou necessidade social na lista de prioridades do poder público e é resultado de estudos e debates das necessidades que elevam um problema ao *status* de problema público.

A elaboração, segundo item do ciclo das políticas públicas, traduz-se na identificação e delimitação de um problema atual ou potencial, a fixação das possíveis alternativas para solução, avaliação dos custos e efeitos, bem como o estabelecimento de prioridades (SARAVIA, 2006).

Acerca da definição dos problemas, Subirats (2006) destaca que o problema é uma construção de certa forma subjetiva, multifacetada e independente. A cada novo fator que se considera no problema, conseqüentemente ampliam-se as facetas para sua solução. O autor considera, assim, os problemas como oportunidades de melhorias que, uma vez identificados ou definidos, podem desencadear ações do poder público, que vão continuamente se re(desenhando) em busca da melhoria da proposta, em um processo de aprendizagem contínua.

A formulação, por seu turno, caracteriza-se pela seleção e especificação da alternativa considerada mais conveniente, com a definição dos objetivos, assim como dos marcos jurídico, administrativo e financeiro (SARAVIA, 2006).

Convém destacar a diferença entre a elaboração e a formulação de políticas públicas. Elaboração é a preparação da decisão política, enquanto que



a formulação é formalização da decisão política por meio de uma norma jurídica, esclarece Saravia (2006).

A implementação é a fase de planejamento e organização do corpo administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários para executar a política pública. É, assim, a preparação para colocá-la em prática, com a elaboração de planos, programas e projetos (SARAVIA, 2006).

Em seguida, passa-se à fase de execução da política pública, que, consoante Saravia (2006) inclui as ações destinadas a atingir os objetivos específicos estabelecidos pela política pública. É o momento de colocar a política pública em prática.

A implementação e a execução diferenciam-se na medida em que a primeira é a preparação para a execução, com a elaboração de planos, programas e projetos. Já a execução é a prática da decisão política (SARAVIA, 2006).

O sexto elemento dos ciclos das políticas públicas é o acompanhamento. Fase dirigida à supervisão da execução de uma atividade e de seus componentes. Tem por objetivo fornecer informações para promoção de eventuais correções necessárias a assegurar a realização dos objetivos (SARAVIA, 2006).

Por fim, a avaliação destina-se à mensuração e análise posterior dos efeitos produzidos na sociedade, com o diagnóstico de consequências previstas e não previstas (SARAVIA, 2006).

Destaca que a avaliação confere aos tomadores de decisões uma base técnica para ponderar as políticas públicas existentes com outras alternativas, mediante a análise do aproveitamento dos objetivos da política pública executada (NERY DA SILVA, 2012). Isso porque, a atividade avaliativa fornece as principais informações acerca da política pública, caracterizando-se como uma fase de constante aprendizagem, que confirma ou não as teses formuladas, e confere um redirecionamento da política pública sob avaliação ou mesmo uma direção para outras políticas públicas a serem formuladas.

Do que foi construído até o momento, destaca-se que o tema das políticas públicas é complexo e sua execução e efetivação demandam uma sequência de estudos e atividades ordenadas para atingir um objetivo bem desenhado.

O sucesso de uma política pública é influenciado pelo comprometimento com as fases da sua elaboração, execução e avaliação, bem como depende de fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e temporais. Além disso, o



debate público com a sociedade acerca das políticas públicas a serem realizadas determinam sua assimilação e adequação à(s) realidade(s) existente(s).

O sucesso da política pública é, assim, mais promissor quando há um projeto bem formulado, com base em debate aberto, permeado pela efetiva discussão racional dos fatores em todas as suas fases, que variam conforme o tempo e espaço no qual ela é desenvolvida e demanda um estudo constante para a solução efetiva dos problemas sociais.

Fixados alguns conceitos relativos às políticas públicas, passa-se a delinear a perspectiva de desenvolvimento como liberdade, formulada pelo economista indiano Amartya Sen, com o intuito de relacionar os conceitos decorrentes da teoria com a elaboração, implementação e execução de políticas públicas.

3 ENFOQUE DAS CAPACIDADE E DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

Amartya Sen traz em suas obras uma abordagem para o desenvolvimento humano a partir da perspectiva do desenvolvimento de capacidades como uma forma de liberdade. A ideia central abordada pelo autor aponta que a perspectiva do desenvolvimento a partir da quantidade renda é insuficiente para aferir o quanto essa renda representa para o desenvolvimento humano, no sentido de convertê-la em qualidade de vida.

Assim, na perspectiva abordada por Sen (2010, 2011), o desenvolvimento não deve se atrelar unicamente a fatores como o Produto Interno Bruto, rendas, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. Embora o autor reconheça que esses fatores contribuam para a expansão das liberdades, especialmente no que tange ao acesso à bens, produtos e serviços que melhoram a qualidade de vida, eles não podem ser os únicos considerados quando se trata de desenvolvimento humano. Desse modo, o crescimento econômico deve estar relacionado à melhoria de vida dos indivíduos e ao fortalecimento das liberdades. Por isso, o efetivo e amplo acesso a serviços como educação e saúde, bem como a garantia de direitos civis e de cidadania livres, são considerados pelo autor fundamentais para a promoção e expansão de liberdades.

Amartya Sen defende a priorização das liberdades para garantir o desenvolvimento de uma comunidade por duas razões principais: uma



razão avaliatória, segundo a qual a “[...] avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve o aumento da liberdade das pessoas” (SEN, 2010, p. 17), e uma razão da eficácia, uma vez que “a razão do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas” (SEN, 2010, p. 17). Nessa perspectiva, as liberdades são tanto o meio, quanto o fim do desenvolvimento e destacam os valores e possibilidades das pessoas de viverem uma vida que se tem razão para valorizar.

A liberdade para Amartya Sen tem, também, um sentido amplo, que abrange tanto a ausência de obstáculos que impeçam o exercício de direitos, quanto a existência de meios ou instrumentos para que as pessoas exerçam suas capacidades. Por isso, a liberdade no sentido de haver oportunidades abertas para as pessoas buscarem seus objetivos é, para Sen, tão importante quanto a existência de liberdade no processo de escolha individual. Dito de outra forma, a certeza de que não há uma coação para tomar uma ou outra decisão motivada por circunstâncias ou limitações que estão fora do controle do agente tem o mesmo valor de importância do que a existência de oportunidades abertas.

Sen (2010) destaca, assim, que o núcleo da abordagem das capacidades não se limita ao que uma pessoa realmente faz, mas abrange, também, o que ela é capaz de fazer, escolhendo ou não aproveitar essa oportunidade.

Uma exemplificação dessa perspectiva pode ser extraída da situação de privação de alimentos. Sen (2011) aborda a situação na qual uma pessoa que, tendo oportunidade de acessar alimentos, opta por jejuar por qualquer motivo – religioso, político, pessoal etc. – está em uma situação bastante diversa de uma pessoa que se vê privada de alimentos por não ter opção de acessá-los, por circunstâncias econômicas pessoais ou pela falta coletiva de alimentos ocasionada por alguma circunstância econômica ou ambiental. Ambas as situações têm o mesmo resultado, qual seja, privação de acesso a alimentos, mas há uma distância considerável na liberdade manifesta em cada uma delas.

Essa proposição de Sen aproxima-se do conceito de liberdade proposto por Hannah Arendt em uma palestra datada de 1966-67, da qual se destaca que “[...] [a]penas aqueles que conhecem a liberdade em relação à necessidade podem apreciar por completo o significado da liberdade em relação ao medo, e só aqueles que estão livres de ambos – necessidade e medo – têm condições de conceber uma paixão pela liberdade pública” (ARENDR, 2018, p. 34).



Nos seus apontamentos, Amartya Sen destaca também dois papéis das liberdades: constitutivo e instrumental. O primeiro refere-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. Essas liberdades substantivas são as capacidades elementares, tais como ter condições de evitar privações, de ter participação política, liberdade de expressão. Na perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades humanas, e sua avaliação deve se basear nessa consideração. Assim, na perspectiva do desenvolvimento como liberdade, a participação e a dissensão políticas são partes constitutivas do próprio desenvolvimento, independentemente de condições econômicas (SEN, 2010).

O papel instrumental refere-se ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos contribuem para a expansão da liberdade humana e conseqüentemente para a promoção do desenvolvimento. Nessa perspectiva, Sen (2010) aponta que a eficácia da liberdade como instrumento concentra-se no fato de que diferentes tipos de liberdade são inter-relacionados, de modo que um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos, encontrando-se as liberdades associadas. Contribuem, assim, para a liberdade global que as pessoas têm para viver como desejariam.

Sen (2010) aborda especificamente cinco liberdades instrumentais, embora a lista não seja exaustiva: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

A segurança protetora consiste na disponibilidade de uma rede de segurança social, que inclui benefícios aos desempregados, suplementos de renda, distribuição de alimentos ou empregos públicos de emergência para gerar renda aos necessitados, impedindo, assim, que a população seja submetida à miséria, à fome ou mesmo à morte (SEN, 2010).

As garantias de transparência relacionam-se à liberdade das pessoas de lidarem umas com as outras sob garantias de clareza e de ausência de segredo e têm um papel de inibir a corrupção, a irresponsabilidade financeira e transações ilícitas (SEN, 2010).

As oportunidades sociais tratam de medidas adotadas nas áreas de educação, saúde etc. que têm influência na liberdade substantiva do indivíduo de viver melhor, que são importantes não apenas para a condução da vida particular,



mas também para uma participação efetiva em atividades econômicas e políticas (SEN, 2010).

As facilidades econômicas referem-se às oportunidades de utilizar recursos econômicos para consumo, produção ou troca, com atenção especial ao modo como as rendas são distribuídas (SEN, 2010).

As liberdades políticas, por fim, desempenham um papel importante na teoria de Amartya Sen. São aquelas que todos possuem de escolher quem deve governar e que princípios devem reger a comunidade, constituindo, também, as possibilidades de fiscalização e controle da gestão pública. Por meio dessas liberdades, os cidadãos podem criticar, discutir e expressar sua vontade diante das autoridades, bem como exigir a promoção de serviços públicos de qualidade e buscar a responsabilidade dos gestores (SEN, 2010).

Embora o rol trazido por Amartya Sen não seja exaustivo e dimensione igual importância às liberdades instrumentais listadas, para o fim de traçar um liame entre a escolha de políticas públicas sob o enfoque do desenvolvimento como liberdade, opta-se por detalhar a seguir mais aspectos da liberdade política, pois esta tem especial destaque na formulação e implementação de políticas públicas voltadas ao aproveitamento democrático dos espaços públicos.

Importa destacar que para Sen a liberdade política não se resume ao direito ao voto, ou a algum direito individual de participação política, mas envolve também a “[...] oportunidade que ela dá aos cidadãos de debater sobre valores na escolha das prioridades e de participar da seleção desses valores” (SEN, 2010, p. 48). Assim, configura-se uma relação de mão dupla entre as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e o uso das liberdades individuais para melhorar não somente a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.

A demonstração do porquê a liberdade política não se resume ao simples direito ao voto é evidenciado pelo próprio Amartya Sen, ao destacar que um número considerável de ditadores no mundo consegue gigantescas vitórias eleitorais, mesmo sem coerção evidente sobre o processo de votação, “[...] principalmente suprimindo a discussão pública e a liberdade de informação, e gerando um clima de apreensão e ansiedade” (SEN, 2011, p. 361).

No mesmo sentido, Levitsky e Ziblatt (2018) apontam que democracias podem morrer não necessariamente nas mãos de generais, mas de líderes eleitos,



que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Hitler, um dos exemplos citados pelos autores, desmantelou a democracia rapidamente após o incêndio do Reichstag, em 1933, na Alemanha. Diversamente Chávez, na Venezuela, adotou um processo mais lento, lançando uma revolução democraticamente com sua eleição em 1998, rumando aos poucos para o autoritarismo até usurpar o poder do Congresso em 2007, quase duas décadas depois de ter sido eleito presidente pela primeira vez.

Vê-se nos exemplos acima a importância das liberdades políticas amplamente consideradas, não apenas como garantia do direito ao voto, mas como garantia de discussão, debate, crítica e dissensão abertos para os processos de geração de escolhas bem fundamentadas e refletidas.

A preeminência das liberdades políticas se aplica inclusive quando confrontadas com necessidades econômicas. Para Sen (2010), a intensidade das necessidades econômicas aumenta a urgência das liberdades políticas a partir de três considerações: 1) a importância direta das liberdades políticas para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social); 2) o papel instrumental das liberdades políticas de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as de necessidades econômicas); e 3) o papel construtivo das liberdades políticas na conceituação de necessidades (como a sua compreensão em um contexto social).

As liberdades políticas têm importância instrumental como parte das capacidades básicas dos cidadãos. À consecução da liberdade política é imprescindível a formação bem informada dos valores, com ênfase à comunicação e ao diálogo abertos. Nesse aspecto, as liberdades políticas e direitos civis, apontadas aqui como liberdade de expressão e de escolha democrática, podem ser centrais para esse processo. Além disso, os dirigentes têm um incentivo maior para ouvir os anseios do povo, caso tenham que enfrentar a crítica dele oriunda e buscar apoio nas eleições.

Do mesmo modo, as liberdades políticas apresentam um papel construtivo importante, uma vez que a compreensão adequada de quais são as necessidades (econômicas, inclusive), requer discussão e diálogo. Nessa perspectiva, os direitos políticos, incluindo a liberdade de expressão e discussão, não são centrais apenas



para a busca de respostas sociais para necessidades econômicas, mas também para a conceituação das próprias necessidades econômicas.

Convém destacar que Martha Nussbaum, filósofa norte-americana que aborda o enfoque das capacidades desenvolvido por Sen para “[...] fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer” (NUSSBAUM, 2013, p. 84), também traz entre as capacidades humanas centrais listadas em sua obra o controle sobre o próprio ambiente político, descrito como “[...] ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação” (NUSSBAUM, 2013, p. 93).

Tamanha é a importância dada à liberdade política na perspectiva do desenvolvimento com liberdade de Amartya Sen, que o autor aponta o Estado Democrático como o modelo mais favorável ao desenvolvimento econômico, na medida em que proporciona discussões, o apontamento de erros e possibilita que se chame atenção para as reais necessidades da sociedade. Nesse aspecto, a compreensão da democracia na filosofia política contemporânea é abordada não apenas como o exercício universal do voto secreto, mas é tratada com relação ao que Rawls chama de “exercício da razão pública”, conforme discorre Sen (2011, p. 358).

Com efeito, a ideia da razão pública para Rawls coaduna-se com o exercício da democracia, na medida em que o objeto da razão dos cidadãos é o bem público, referido numa concepção política e moral de justiça aplicada à estrutura básica da sociedade. Segundo Rawls (2011), a razão pública é pública de três maneiras: (a) como razão dos cidadãos como tais; (b) seu objeto é o bem público, além de questões de justiça fundamental; e (c) sua natureza e seu conteúdo são públicos, porque determinados pela concepção política de justiça da sociedade e conduzidos sob essa base.

Na teoria rawlsiana, a razão pública tem seu conteúdo fornecido pela razão política de justiça – em contraste à cultura de fundo, que é a razão não pública. A razão política de justiça é caracterizada pela: (a) existência de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; (b) atribuição de prioridade especial, sobretudo em relação às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; e (c) previsão de medidas para que todos os cidadãos



tenham meios para fazer uso efetivo da sua liberdade e das oportunidades fundamentais (RAWLS, 2011).

A construção da razão pública deve ser justificável a todos os cidadãos, com formas de argumentação que contem com a ampla aceitação e façam parte do senso comum, de modo a proporcionar à razão pública uma base pública de justificação equilibrada. Rawls (2011) sugere que os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica oferecem as respostas razoáveis para uma concepção política completa ou justa. Essas respostas são conferidas pela pessoa política responsável pela tomada de decisões no espaço intersubjetivo, cuja justificação pública das decisões tomadas não se reduz apenas à argumentação válida, mas à argumentação dirigida aos outros.

Razão pública, então, é aquela compartilhada publicamente pelos cidadãos democráticos, destinada à construção das identidades e das prioridades da sociedade. Nesse viés, a razão pública tem por objeto o bem público, fornecido por uma concepção política de justiça e formada no âmbito do debate público, com justificação pública de seus fundamentos, o que legitima a atuação das instituições públicas. Sadurski (2017) destaca que a razão pública desempenha um papel especial no contexto da legitimidade do poder político, relacionado ao uso da coerção para que os indivíduos cumpram uma diretiva emitida por uma autoridade, mesmo que discordem de seu conteúdo. A ideia de legitimidade tem, nessa perspectiva, a função de determinar os critérios, os fundamentos e o alcance do dever moral de cumprir as regras.

Segundo Sen (2011), o tratamento que Habermas dá à argumentação pública é mais amplo do que aquele conferido por Rawls em muitos aspectos. Na teoria habermasiana a democracia também recebe uma forma processual mais direta do que em outras abordagens. Contudo, Habermas contribuiu com o “[...] esclarecimento do amplo alcance da argumentação pública e, em particular da presença dupla no discurso político de ‘questões morais de justiça’ e ‘questões instrumentais de poder e coerção’” (SEN, 2011, p. 359).

Independente das diferenças encontradas nas teorizações sobre razão pública, fato é que, para Sen, a compreensão da democracia tem como campos centrais a “[...] participação política, o diálogo e a interação pública” (SEN, 2011, p. 360), de modo que a argumentação pública na prática da democracia coloca esta em estreita relação com a justiça.



Nesse passo, Sen (2010) aponta que nunca houve em uma sociedade realmente democrática situações de fome coletiva, pois a necessidade dos governantes de submeterem-se a eleições com voto livre dos cidadãos e a alternância no poder faz com que as necessidades dos indivíduos sejam consideradas com mais cautela.

Ainda, o enfoque das capacidades destaca que diferentes tipos de liberdades se relacionam entre si, contribuindo mutuamente para se complementarem e se promoverem, como uma via de mão dupla, de modo que a ampliação das capacidades individuais mediante a participação na escolha social e na tomada de decisões públicas, por exemplo, amplia o progresso de outras capacidades, que reflexamente aumentam a liberdade. Assim, as políticas públicas escolhidas para uma sociedade podem aumentar as capacidades dos indivíduos do mesmo modo que a direção da política pública pode sofrer influência pelo uso efetivo das capacidades pelos indivíduos da sociedade (SEN, 2010).

A perspectiva das capacidades humanas relaciona-se, deste modo, à liberdade substantiva de levar a vida que se tem razão para desejar e aperfeiçoar as escolhas e as oportunidades que cada um possui e são importantes na medida em que têm relevância direta para o bem-estar, para a dignidade humana e influencia diretamente na promoção de mudanças sociais e no aumento da produção econômica.

É interesse frisar em prol da perspectiva das capacidades de Amartya Sen que a renda é apenas útil para a liberdade. Ausente a renda, há certamente a privação para desempenhar certas atividades e também para ter acesso à diversas capacidades e liberdades humanas. Mas a renda por si só não é liberdade. Ela permite ou facilita o acesso à liberdade, caracterizando-se como um (e não único) instrumento que facilita o acesso às liberdades (SEN, 2011). Assim, garantir as próprias liberdades em vez de um instrumento capaz de facilitar o acesso às liberdades parece ser um caminho mais bem desenhado para atingir o efetivo acesso às liberdades.

Mesmo porque diversos fatores podem influenciar na relação entre o nível de renda e de oportunidades, como heterogeneidades pessoais – diferenças na relação entre renda e as necessidades de cada pessoa para aplicar a renda no desenvolvimento de capacidades –, diversidades no ambiente físico – como condições ambientais de cada localidade (terremotos, inundações,



secas, invernos rigorosos etc.) implicam na vida das pessoas e na determinação das suas necessidades –, variações sociais – acesso à saúde, educação pública, segurança, transporte público etc. –, diferenças de perspectivas relacionais – como características culturais e personalidade dos indivíduos (SEN, 2010).

Assim, investimentos em políticas públicas como educação, saúde, moradia, mobilidade urbana, saneamento básico, que são destinados à concretização das liberdades, não podem ser vistas como meros meios para alcançar o aumento de renda da população atingida. Deve-se buscar mais do que isso. Essas políticas públicas possibilitam o exercício da cidadania e o alargamento de oportunidades para levar a vida que se deseja, bem como a ampliação das próprias liberdades em suas diversas formas.

Nesse passo, a discussão pública e participação social são, para Sen, centrais para a elaboração de políticas em uma estrutura democrática, pois “[...] [e]m uma abordagem orientada para a liberdade, as liberdades participativas não podem deixar de ser centrais para a análise de políticas públicas” (SEN, 2010, p. 149).

Para a perspectiva das capacidades não é, portanto, o desenvolvimento econômico que garante o êxito de uma sociedade, pois esse não assegura o desenvolvimento social. De outra banda, investir em políticas públicas eficientes e garantir as liberdades dos indivíduos pode gerar um desenvolvimento econômico para o país a longo prazo, conferindo-se ao desenvolvimento um aspecto mais qualitativo do que quantitativo.

Esse olhar tem especial relevância em um país como o Brasil, no qual a desigualdade social foi herdada do passado, mas é produzida e reproduzida no presente. Nesse sentido, Schwarcz (2019) destaca que a desigualdade social tende sempre a aumentar em países que oferecem poucas oportunidades de emprego, apresentam investimento discreto nas áreas sociais e não estimulam o consumo de bens culturais.

Como há uma grande quantidade e variedade de componentes do bem-estar real das pessoas, a abordagem das capacidades tem dificuldades em atribuir pesos às diferentes características pessoais, tendo em vista sua vasta multiplicidade e multidimensionalidade. Não há uma fórmula correta para atribuir pesos aos diversos funcionamentos individuais e o próprio Sen rejeita as tentativas de construir índices sintéticos ou algoritmos para escalonar as capacidades e liberdades humanas. Em vez disso, Sen (2011, p. 412) propõe um “[...] sistema de



pesos não lexicais”, que leva em conta cada contexto e consequências específicas sem um escalonamento predeterminado das capacidades e liberdades pessoais.

Com esse método, elegem-se certos funcionamentos tidos como relevantes em determinado espaço e tempo. Do ponto de vista de avaliação social abrangente, a atribuição de pesos a funcionamentos sociais demandará uma espécie de consenso, resultado de uma escolha social, que poderá se constituir em objetivos de políticas públicas. Aqui se revela imprescindível uma construção coletiva, com a participação de todos em discussões abertas, livres, públicas e racionais. Reforçando o que foi mencionado alhures, essa construção coletiva não se resume à garantia da adequada representação parlamentar, mas abrange a existência de uma estrutura que garanta a participação de todos no processo decisório e que contribua positivamente para a ampliação das capacidades de todos.

Sendo assim, o desenvolvimento como liberdade proposto por Amartya Sen aborda elementos e proporciona ferramentas importantes para pensar na formulação, desenvolvimento e execução de políticas públicas de maneira mais inclusiva e preocupada com as reais necessidades das pessoas que vivem em uma sociedade democrática. Alguns desses traços serão abordados no item seguinte que, longe de ser exaustivo, trata-se de um impulso à reflexão de políticas públicas sob o enfoque das capacidades.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS SOB O ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE AMARTYA SEN

A questão latente nesse recorte pode ser traduzida nos seguintes termos: qual é o papel das instituições, e do Estado em particular, no processo de desenvolvimento? Ao longo do texto pode-se identificar que Sen concebe que o valor das instituições em geral, tais como os mercados, governos, partidos políticos, sistemas educacionais, meios de comunicação etc., deve ser medido pela contribuição que podem prestar à ampliação das capacidades e liberdades dos indivíduos. E o alcance e a direção dessa contribuição em um Estado Democrático não podem prescindir da participação política das pessoas, por meio do diálogo e da interação pública como formuladores de políticas públicas para o desenvolvimento e busca consecutória de justiça social.



O desenvolvimento inclusivo, com a oitiva e efetiva consideração dos interesses das pessoas que integram a sociedade, pode impulsionar o desenvolvimento e a execução de políticas públicas que promovam o acesso real de todas as camadas da sociedade aos equipamentos capazes de proporcionar um desenvolvimento pessoal mais eficiente (educação, cultura, lazer, moradia, saneamento básico, mobilidade urbana etc.).

A orientação dada às políticas públicas interfere diretamente em diversos direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade. A depender da perspectiva atribuída ao desenvolvimento, os cidadãos terão mais ou menos garantidos seus direitos fundamentais e encontrarão as condições para desenvolvimento pessoal, mediante o acesso e aproveitamento dos equipamentos públicos existentes ou mesmo o compartilhamento do espaço comum.

Nesse aspecto, a dimensão que se dá ao desenvolvimento é de grande relevância. Caso movido por motivações meramente econômicas, o desenvolvimento tende a afastar-se do desenvolvimento pessoal, provocando uma periferação dos setores mais pobres da sociedade.

Dessa feita, podem-se extrair contribuições valiosas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen para o desenvolvimento, implementação e execução de políticas públicas em uma sociedade democrática.

Um dos aspectos, refere-se justamente à formulação e execução de políticas públicas pensadas em conformidade com o desenvolvimento das pessoas, no sentido de conferir-lhes as liberdades necessárias para que possam viver uma vida que tenham razões para escolher.

Outra perspectiva importante e associada a esta primeira, refere-se ao caráter multifacetado das liberdades. Ao impulsionar o desenvolvimento de uma determinada liberdade, o gestor de políticas públicas estará influenciando o desenvolvimento de outra gama de liberdades individuais, pois elas estão interligadas e fortalecem-se mutuamente. Uma pessoa que tem acesso à educação, por exemplo, com o intuito de desenvolver suas capacidades, tem muito mais facilidade em acessar outras liberdades, como cultura, lazer, participação política etc.

Ainda nessa linha de raciocínio, o fortalecimento das liberdades individuais gera uma ampliação de direitos fundamentais individuais das pessoas, que resulta no dimensionamento de direitos e liberdades coletivas. Assim, expandindo o



exemplo citado acima, o conjunto de pessoas com acesso à liberdades individuais, vai favorecer o acesso a direitos sociais, pois terão mais meios e razões para aumentar as liberdades coletivas.

Também se pode destacar como de grande valia a contribuição a respeito da participação democrática dos cidadãos em todas as fases de formulação, desenvolvimento, execução e avaliação de políticas públicas, por meio de debates abertos, como forma de buscar quais são as liberdades que realmente se destacam em determinado espaço-tempo e que vão fortalecer as capacidades individuais e coletivas dos cidadãos que vivem em uma sociedade democrática.

Nesse encaixo, as diferentes questões problemáticas de cada sociedade em seu respectivo espaço-tempo são abordadas de forma mais atenta às peculiaridades inerentes à sua cultura e nível de desenvolvimento.

Esse arranjo de participação democrática aprimora, outrossim, a responsabilidade dos gestores de políticas públicas, os quais, com a efetiva e ampla participação dos cidadãos veem-se compelidos a implementar políticas públicas capazes de efetivamente resolver os problemas detectados na e pela sociedade.

Além disso, a fiscalização exercida pela sociedade nesses moldes impulsiona o comprometimento dos gestores com a lisura e com transparência dos processos de escolhas e execuções de políticas públicas.

Outro aspecto importante, relaciona-se às inserções parciais, ou seja, à soluções parciais dos enfoques de desenvolvimento aos quais se deu destaque. Soluções parciais são sempre mais alcançáveis do que soluções absolutas, as quais geralmente não são atingíveis.

5 CONCLUSÃO

Políticas públicas podem ser abordadas como meios políticos e sociais necessários para a ampliação dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dessa forma, o enfoque dado às políticas públicas influencia diretamente na forma e dimensão das liberdades individuais e coletivas.

Amartya Sen aborda a promoção do desenvolvimento humano a partir da perspectiva do desenvolvimento de capacidades como uma forma de liberdade. A ideia central trabalhada pelo autor aponta que o desenvolvimento não deve



se atrelar unicamente a fatores econômicos. Embora estes contribuam para a expansão das liberdades, não podem ser os únicos considerados quando se trata de desenvolvimento humano. Desse modo, o crescimento econômico deve estar relacionado à melhoria de vida dos indivíduos e ao fortalecimento das liberdades. Por isso, o efetivo e amplo acesso a serviços como educação e saúde, bem como a garantia de direitos civis e de cidadania livres, são considerados pelo autor fundamentais para a promoção e expansão de liberdades.

Podem-se, assim, extrair contribuições valiosas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen para o desenvolvimento, implementação e execução de políticas públicas em uma sociedade democrática.

Sendo assim, o desenvolvimento como liberdade proposto por Amartya Sen aborda elementos e proporciona ferramentas importantes para pensar na formulação, desenvolvimento e execução de políticas públicas de maneira mais inclusiva e preocupada com as reais necessidades das pessoas que vivem em uma sociedade democrática.

Longe de ser exaustivo, o rol abaixo sintetizado representa um impulso à reflexão de políticas públicas sob o enfoque das capacidades. Assim, como contribuições do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen extraem-se os seguintes aspectos:

- formulação e execução de políticas públicas pensadas em conformidade com o desenvolvimento das pessoas, no sentido de conferir-lhes as liberdades necessárias para que possam viver uma vida que tenham razões para escolher;
- o impulso ao desenvolvimento de uma determinada liberdade influencia o desenvolvimento de outra gama de liberdades individuais, pois elas estão interligadas e fortalecem-se mutuamente;
- o fortalecimento das liberdades individuais gera uma ampliação de direitos fundamentais individuais das pessoas, que resulta no dimensionamento de direitos e liberdades coletivas;
- a participação democrática dos cidadãos em todas as fases de formulação, desenvolvimento, execução e avaliação de políticas públicas, por meio de debates abertos, como forma de buscar quais são as liberdades que realmente se destacam em determinado espaço-



- tempo e que vão fortalecer as capacidades individuais e coletivas dos cidadãos que vivem em uma sociedade democrática;
- as diferentes questões problemáticas de cada sociedade em seu respectivo espaço-tempo são abordadas de forma mais atenta às peculiaridades inerentes à sua cultura e nível de desenvolvimento;
 - a participação democrática aprimora a responsabilidade dos gestores de políticas públicas, que se veem compelidos a implementar políticas públicas capazes de efetivamente resolver os problemas detectados na e pela sociedade;
 - a fiscalização exercida pela sociedade também impulsiona o comprometimento dos gestores com a lisura e com transparência dos processos de escolhas e execuções de políticas públicas; e
 - soluções parciais dos enfoques de desenvolvimento aos quais se deu destaque tendem a ter um resultado mais efetivo do que soluções absolutas.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **Liberdade para ser livre**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

LASSWELL, H. D. La concepción emergente de las ciencias de las políticas colectivas. *In: Estudios Políticos*. Época 3, n. 5, p. 123-139, [entre 1975 e 1980]. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/issue/view/4619>. Acesso em: 5 jan. 2021.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

LIMA, L. L.; D'ASCENZI, L. **Políticas públicas, gestão urbana e desenvolvimento**. Porto Alegre: Metamorfose, 2018.



NERY DA SILVA, R. Políticas públicas e administração democrática. *In: Seqüência*, n. 64, p. 57-84, jul. 2012.

NUSSBAUM, M. C. **Fronteras da justiça**: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PARADA, E. L. Política y políticas públicas. *In: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (orgs.). Políticas Públicas, ENAP*, Brasília, p. 67-95, 2006.

RAWLS, J. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SADURSKI, W. Judicial review and public reason. *In: Comparative Judicial Review*. Sidney Law School, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2965225. Acesso em: 1º out. 2020.

SARAIVA, E. Introdução à teoria da política pública. *In: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (orgs.). Políticas Públicas, ENAP*, Brasília, p. 21-42. 2006.

SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SECCHI, L. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SEN, A. **A ideia de justiça**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SUBIRATS, J. Definición del problema. Relevancia pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. *In: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (orgs.). Políticas Públicas, ENAP*. Brasília, p. 199-218, 2006.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS



Julio Homem de Siqueira¹

Daury Cesar Fabriz²

1 INTRODUCCIÓN

La realización efectiva de los derechos cuesta dinero,³ y la sociedad debe financiarla con el pago de tributos, recaudados por el Estado a través de la Administración Pública.⁴ El Estado actúa pues como una empresa gestora de todo el presupuesto público, no solo para mantener el aparato estatal, como también para realizar acciones prestacionales que realicen a los derechos sociales, económicos y culturales, cuyo ejercicio permite el mejor disfrute de las libertades (GOMES CANOTILHO, 2003). Es interesante como desde esa simple observación surjan una gran variedad de controversias en la praxis de los derechos. Las tres más comunes son el mínimo existencial, la reserva financiera del posible y la prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos. Sin la pretensión de agotar el tema, aquí se hace una reflexión sobre la concretización de derechos y al mismo tiempo se examina el papel de la Administración Pública contemporánea en relación al empleo de los fondos recaudados para la realización de políticas públicas que realicen a los derechos.

2 EL DEBER DE FINANCIAR DERECHOS Y LA RESERVA DEL POSIBLE

La relación entre el deber de pagar tributos y la concretización de los derechos parece simple. Los derechos representan lo que el Estado debe

¹ Investigador Junior del Instituto de Estudios Penales Alimena de la Universidad de la Calabria, Italia; julio.pfhs@gmail.com

² Profesor de Derecho Constitucional de la Faculdade de Direito de Vitória-FDV, Brasil; daury@terra.com.br

³ Este entendimiento parece ser generalizado y pacífico, son ejemplos de literatura al respecto: Amaral (2010); Galdino (2005); Holmes e Sunstein (1999); Immordino e Pagano (2004); Posner (1996); y Wang (2008).

⁴ En este mismo sentido, por ejemplo: Ataliba (2009); y Scaff (2007).



proporcionar a los individuos; los deberes⁵ encarnan lo que los individuos han de proporcionar al Estado y a la sociedad (CASALTA NABAIS, 2004). La función básica del pago de tributos, a pesar de significar un tipo de limitación al ejercicio de derechos, consiste en que la sociedad financie al Estado. Así, el Estado podrá tanto funcionar cuanto establecer y mantener políticas públicas realizadoras de derechos sociales, cuya efectividad permite el mejor ejercicio de las libertades, o al menos de derechos mínimos a una existencia humana digna. Por lo tanto, la realización efectiva de derechos depende también de prestaciones estatales, las cuales en parte dependen del cumplimiento del deber de pagar los tributos. Se puede entonces decir que los individuos, conforme a sus posibilidades,⁶ actúan en cooperación para dar al Estado los medios para alcanzar uno de sus fines, lo que posibilitará el disfrute de derechos por todos. De ahí, la afirmación de que el pago de tributos se debe a la necesaria cooperación de los individuos que componen una sociedad, para que el Estado no solo mantenga sus empleados, más también asista de forma sustancial a la propia sociedad, realizando sus derechos.

Las acciones prestacionales del Estado tienen como foco principal la realización de los derechos sociales. Esto se explica porque estos derechos poseen básicamente la función de garantizar las libertades y el trato igualitario entre los miembros de la sociedad.⁷ De aquí se deriva el que la realización efectiva de los derechos tenga necesariamente un coste para el erario público,⁸ sin duda que el coste de los derechos sociales es de mayor cuantía, porque el ejercicio de las libertades está posibilitado en buena medida – aunque no sólo – si existe a ese respecto inactividad estatal. Dicho con otras palabras, una vez *realizados* los derechos sociales es cuando los individuos tienen autonomía para poder ejercer sus libertades. Y es aquí donde cobra sentido el discurso de la *reserva del posible*.

La expresión *reserva del posible* (*Vorbehalt des Möglichen*), acuñada por el TCF alemán y adoptada por la doctrina alemana, consiste en que la sociedad debe definir la razonabilidad de la exigencia de determinadas prestaciones sociales,

⁵ Acerca de los deberes fundamentales, e. g.: Casalta Nabais (2004); Lyra *et al.* (2020); Preis e Lyra (2019); Siqueira (2016); y Veronese, Lyra e Preis (2020). Los autores citan gran cantidad de trabajos sobre los deberes.

⁶ En el derecho tributario el principio clave para esa expresión es la capacidad contributiva. A respecto, e. g.: Andrade (2001); Blairon (2021); Falcão (2021); Machado e Figueiredo (2021); Mauro (2021); Rodrigues (2021); y Siqueira (2010).

⁷ En el mismo sentido: Neuner (2006).

⁸ En este sentido: Silva (2008).



para impedir el uso de los recursos públicos disponibles a favor de quienes no lo necesitan (MARTINS, 2005). La doctrina acerca de él preconiza que el Estado debe realizar la igualdad a través de políticas públicas volcadas en aquellos sectores sociales que verdaderamente necesitan de ellas y, por extensión, que los fondos públicos destinados a financiarlas se encuentren limitados a garantizar y mantener a todas las necesidades básicas de los individuos. Opuestamente a la teoría original, se puede constatar una vinculación de la reserva del posible a la cuestión de que la realización de derechos depende de la condición de que el erario público tenga los suficientes fondos para ello (GOMES CANTILHO, 1998, 2003). La vinculación significa que los derechos consisten en bienes o se relacionan a la prestación de servicios de valor económico (PRIETO SANCHÍS, 1995). Sin embargo, la vinculación es una falacia, pues los derechos están sometidos a la reserva del posible únicamente en relación a lo que va más allá de las necesidades humanas básicas. Pero, de un mal uso de este argumento puede resultar un retroceso en la efectividad de los derechos, produciéndoseles una lesión por la falta de realización, por la mala gestión de los fondos públicos (VAZ, 2009) y de las malas opciones políticas y de presupuestos.⁹

En resumen, como la realización y efectividad de los derechos sociales tiene un coste económico y, por tanto, no son posibles sin la financiación pública, el mecanismo de la reserva del posible sólo puede ser invocado, adecuadamente, para situaciones que estén dentro del ámbito de las necesidades vitales básicas, desplazando al argumento clásico de que hay una infinidad de necesidades humanas y una escasez de recursos financieros con las que atenderlas (SCAFF, 2006). El verdadero sentido del discurso de esta *reserva* es que los recursos financieros estatales deben ser empleados para atender lo que es *básico*, y sólo después lo que *no lo es*. Lamentablemente, ésta no es la posición que adopta el Estado.¹⁰

⁹ Esto es tanto más visible en tiempos de crisis, cuando los gobiernos nacionales optan, en general, por una reducción en la recaudación fiscal, promoviendo un menor crecimiento del erario y, segundo, se argumenta legitimando un menor desarrollo de los derechos sociales con la justificación de que de otro modo el ejercicio de las libertades sufriría una gran limitación. En el mismo sentido: Pérez Luño (2009).

¹⁰ Por ejemplo: Freire Júnior (2005); Krell (1999); y Siqueira (2008).



3 LA RESERVA DEL POSIBLE Y LAS NECESIDADES HUMANAS BÁSICAS

El Estado se pone antidemocrático cuando no observa que el deber de pagar tributos está primeramente dirigido a la realización del desarrollo humano y a la expansión de libertades (SEN, 2007), a fin de que las necesidades humanas básicas puedan ser atendidas. Dicha conducta puede dar así lugar al agotamiento del erario público, de manera que los recursos recaudados no sean más suficientes para hacer efectivo el mínimo existencial. Situación ésta que podría evitarse con el uso correcto del mecanismo de la reserva del posible (ZOCKUN, 2009), pero no con el argumento de que no hay lugar aquella realización porque las necesidades humanas son infinitas. De toda manera, la cuestión de las necesidades humanas básicas es controvertida, especialmente en relación a qué necesidades serían parte del *mínimo existencial*.

La confección de una relación de necesidades humanas básicas no es seguramente el más difícil problema a ser enfrentado. Es posible generar una relación cerrada e inmutable,¹¹ a fin de que se pueda requerir al Estado la realización y efectividad de tales ítems. Pero una vez hecho esto surge otro problema: establecer cómo será respetada la prioridad entre sus elementos, de modo que pueda verificarse si el Estado desarrolla las políticas públicas correctas y que lo hace en la medida necesaria para su óptimo aprovechamiento por la sociedad. Es preciso que el Estado no confunda las necesidades humanas y otros diversos conceptos que están próximos a ellas, tales como deseos, instintos, intereses, aspiraciones etc. (FABRIZ; SIQUEIRA, 2019; DE LUCAS; AÑÓN ROIG, 1990) Es importante decir desde luego que el uso del término “necesidades”, que expresa lo que no puede faltar, puede ser engañoso, pues a veces las personas no saben expresar lo que le es necesario o incluso lo que puede ser prioritario para sus vidas y en qué grado lo es (WALZER, 2003).

El mecanismo de la reserva del posible en su acepción original está bien empleado si con él conformamos una relación de prioridades escogidas después de una selección criteriosa y con la cuál si relacione la escasez de los recursos para su realización (WALZER, 2003). Lo más adecuado es entender así las *necesidades*

¹¹ Crítica a ese tipo de relación Sen (2005).



como lo que es *prioritario*, cuya realización no puede faltar dentro de una sociedad en tiempo y espacio determinados, tratándose, entonces, del *contenido esencial* o delimitador del *mínimo existencial*,¹² integrado por las condiciones materiales mínimas que deben ser concretizadas y protegidas porque constituyen el medio de garantizar a todos los miembros de aquella sociedad su desarrollo en cuanto humanos, con dignidad y autonomía.¹³ De ahí, a la hora de seleccionar el conjunto de necesidades básicas, el argumento de la reserva sería impracticable si consideradas las muchas diferencias interpersonales existentes en la sociedad, por lo que, para tornar real y posible la igualdad en las necesidades, no hay más remedio que presuponer que – en ese sentido – todas las personas son iguales, a fin de poder operar mejor con el concepto en cuestión.

Es necesario, pues, adoptar una situación hipotética y pragmática que sea útil para formar por lo menos una relación de necesidades básicas, o para proporcionar los criterios de cómo se establecería tal rol, posibilitando una selección genérica y objetiva de cuales necesidades son imprescindibles para la consecución de un plan de vida basado en la atención a los niveles mínimos de dignidad (ZIMMERLING, 1990). Sin embargo, todavía no nos hemos ocupado de saber qué necesidades han de ocupar esa relación, o de indicar – sean cuales sean – qué peso o grado de prioridad posee cada una de ellas y que hay de observar el Estado cuando elabore las políticas públicas, a fin de hacer efectivas las oportunidades (derechos sociales) que permitieron la expansión del ejercicio de la autonomía (libertades) de los individuos.¹⁴

4 LAS NECESIDADES HUMANAS BÁSICAS Y SU PROTECCIÓN

La realización efectiva de las oportunidades (*derechos sociales*) para el mejor ejercicio de las libertades depende, pues, de la existencia de una maquinaria institucional que condense y guíe los recursos formados gracias a la recaudación

¹² *Contenido esencial* y *mínimo existencial* no son sinónimos. El contenido esencial es una garantía limitadora de la actividad estatal excesiva o deficiente o de su inactividad. El mínimo existencial es una garantía ampliadora de los derechos fundamentales, obligando al Estado a aplicar sus fondos para concretizar oportunidades que forman su contenido esencial. Vide: Balboni (2001); y D'Ávila Lopes (2004).

¹³ Vide, por ejemplo: Sarlet y Figueiredo (2008).

¹⁴ Por ejemplo: Robeyns (2005).



de tributos junto a la sociedad (*deber de pagar tributos*) (IMMORDINO; PAGANO, 2004), economizándolos para utilizarlos en aquello que sea de utilidad inmediata, o prioritaria. La maquinaria es el Estado, por medio de la Administración Pública, que, además de recaudar de la sociedad el montante para la financiación de las políticas públicas, es “capaz de promover el uso de factores de producción a través de decisiones administrativas”, las cuales facilitan la “obtención de ciertas cosas por un costo menor del que supondría en las empresas privadas” (COASE, 1960). Y de ahí que la Administración Pública deba, después de adoptar una relación de necesidades humanas básicas ordenadas según su grado de prioridad, gestionar con eficiencia los recursos recaudados disponibles para promover la realización efectiva de las oportunidades mínimas de las que todo individuo debe ser poseedor. Así, la *posibilidad* de realización del *mínimo existencial* depende de que el Estado posea una *reserva* de recursos, siendo este factor, por consiguiente, el verdadero sentido del término “reserva del posible”.¹⁵

La disposición de recursos para promover del contenido esencial no significa que todas las oportunidades deban ser ofrecidas en una única vez. Por el contrario, los gastos estatales deben ser planeados: si no hay recursos suficientes para concluir una política pública, al menos se debe iniciarla (FREIRE JÚNIOR, 2005) aplicándose los recursos disponibles; y cuando exista nueva disponibilidad de recursos, hay que inyectar continuamente más recursos a tales políticas, para la expansión de las prestaciones (GOMES CANOTILHO, 1998), y así, de las oportunidades y ejercicio de las libertades. La continuidad, que no debería ser interrumpida, trae a colación la cuestión de la *prohibición de reversibilidad de la realización de los derechos fundamentales*. Esta exigencia establece que lo que tuvo realización efectiva debe ser al menos mantenido, en virtud del necesario respecto al *mínimo existencial*, y en cuanto que sea posible debe ser maximizado. Por tanto, es imperioso para la Administración Pública el deber de no violar, a través de su actividad o inactividad, el mínimo existencial (DE CONTO, 2008).

La *irreversibilidad* es una garantía para la manutención de la realización efectiva de derechos, especialmente los prestacionales. Hay una estrecha relación entre el mecanismo de la reserva del posible en su acepción original y la exigencia de prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos

¹⁵ Por ejemplo: Sarlet (2008); y Schäfer (2005).



fundamentales, ya que una y otra se refieren a lo que el individuo puede razonable y racionalmente exigir de la sociedad (KRELL, 2002; QUEIROZ, 2006). La finalidad del instituto es evitar que el Estado, a través de cualquier de sus poderes, provoque una situación de posible *retroceso social*. De ahí la nomenclatura que se utiliza habitualmente: *prohibición de retroceso social*. Una vez realizados determinados derechos, ellos asumen naturaleza híbrida, vinculando el Estado con su necesaria manutención e impidiendo (DERBLI, 2007) que los entes estatales actúen con exceso o asimismo lo hagan para promover su reducción o anulación.

La prohibición de *reversibilidad* tiene doble función: es tanto una *prohibición de exceso* cuanto una *prohibición de protección deficiente*. Por la prohibición de exceso, la Administración Pública no puede valerse de medios retrocesivos que, aún que no abarcan derechos ya realizados, promueven una involución dentro del ámbito de realización y protección de ellos a causa a una intervención ajena a lo necesario. Por la prohibición de protección deficiente, la Administración Pública tiene el deber de realizar prestaciones dirigidas a la realización efectiva del contenido esencial de las necesidades humanas básicas (ÁVILA, 2007; BARNES VÁZQUES, 1994; BERNAL PULIDO, 2007; DE CONTO, 2008). En breve síntesis, la Administración Pública tiene el papel de elaborar, de implantar y de mantener políticas públicas que realicen con eficiencia los derechos que se consideren prioritarios, maximizándolos y evitando la intervención estatal en la autonomía de las personas.

Las políticas públicas tienen como objeto especialmente los derechos sociales que, por pertenecer al ámbito jurídico constitucional, y, por tanto, público, vinculan directamente a los órganos estatales, entre ellos la Administración Pública. No se puede argumentar que la ausencia de normas de reglamentación o que la falta de dotación presupuestaria o de previsión de gasto obstaculicen la realización efectiva inmediata de un derecho social a través de la prestación estatal adecuada (MARTINS, 2004), aún más cuando está en conexión con la realización de necesidades básicas. El problema de la inexistencia de normas tiene solución con la integración de lagunas por el intérprete del derecho, que no es tarea arbitraria,¹⁶ y se debe acomodar a lo que sea prioritario. El problema de la

¹⁶ Así, el Poder Judicial no puede actuar para resolver todas las carencias de derechos de las personas, con base en una supuesta violación de la dignidad de la persona humana, siempre allegada y, en general, para forzar la obtención de tutela favorable a cualquier derecho que se diga tener. En este sentido: Silva (2009).



falta de previsión de recursos tiene solución en el control del poder discrecional de la Administración Pública,¹⁷ ya que en materia de contenido esencial de los derechos el Estado no puede valerse simplemente de criterios como conveniencia y oportunidad para realizar las políticas públicas. Así, por estar vinculado el Estado a las normas constitucionales, en especial a las de derechos fundamentales, éste no puede tomar decisiones libremente, debiéndose adecuar a la voluntad del constituyente (SARLET, 2009).

5 LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Las políticas públicas aparecen, así, como mecanismos de protección de los derechos. Es necesario, entonces, cuidar del imprescindible control de los actos administrativos que realicen efectivamente dichos derechos. En rápida síntesis conceptual, los *actos administrativos* son declaraciones unilaterales de la Administración Pública para realizar, a través de servicios públicos,¹⁸ los mandatos de las normas jurídicas; ellas están *vinculadas*, principalmente, al interés público y al ordenamiento jurídico. Es además bastante común, cuando se trata sobre estos actos, hablar de vinculación y de discreción.¹⁹ Propiamente, la clasificación no tiene ninguna relevancia, ya que todos los actos administrativos son vinculados. Esto es, la norma que establece que se haga un determinado acto administrativo tiene en su espíritu la finalidad de que se atienda, en la forma de la ley y con la debida eficiencia, al interés público. Luego, no se puede decir que la discreción se contraponga a la vinculación,²⁰ pues, de lo contrario, el acto discrecional sería el

¹⁷ Por ejemplo: Sarlet y Figueiredo (2008).

¹⁸ Hay, entre los autores, dificultad en conceptualizar *servicios públicos*. Un concepto útil al fin de este ensayo es el de que son prestaciones estatales con el objetivo de concretizar derechos fundamentales sociales, para que los individuos puedan mejor ejercer su autonomía (libertades). Esto es, se prestan utilidades económicas que, al igual que dirigidas al cuidado de necesidades colectivas, benefician directamente a los individuos, ya que éstos tienen también estas necesidades, contribuyendo para la reducción de las desigualdades sociales y económica, conforme a las opciones de los individuos en ejercer o no y de qué forma a su autonomía. Vide: Aragão (2007).

¹⁹ Tradicionalmente se dice que los actos vinculados no permiten a la Administración proferir cualquier tipo de juicio en cuanto a la práctica del acto, en relación a los actos discrecionales le permiten proferir juicios en cuanto a la prestación que mejor cumplirá el dispuesto en la Constitución y/o en la ley. Bandeira de Mello (2008, p. 9 y 18) destaca que la distinción no se refiere al acto en sí mismo, más a la competencia para apreciar sus elementos, de modo que se puede concluir que todos los actos son vinculados, distinguiéndose la competencia en vinculada y discrecional. Para una crítica a la distinción y a la concepción de los actos, vide: Ommati (2013).

²⁰ No se trata, pues, de una relación antitética. Véase Bandeira de Mello (2004).



mismo que el acto desvinculado, o hasta un acto arbitrario. Por lo tanto, el acto administrativo discrecional desvinculado no existe; y lo que hay es una posibilidad de escoger a los *medios* más adecuados para alcanzar una finalidad con eficiencia y dentro de las limitaciones legales, constitucionales y de presupuesto. O sea, la Administración Pública puede escoger *cómo* realizar una prestación pública siempre que ella alcance el fin que impone el sistema jurídico, justificando ciertamente sus opciones, con claridad y congruencia.

El problema puede ser abordado como una cuestión de *intensidades*. Abstractamente, en los extremos, nos encontramos a los tipos puros de vinculación y de discreción, que, sin duda, no se verifican en la práctica (FREITAS, 2009). En el punto de encuentro de estos vectores, ellos se confunden, o sea, es imposible identificar con claridad qué tipo de acto deba ser practicado, y ahí habrá algo con rara ocurrencia práctica. Entre los extremos y las cercanías a este punto se encuentran los diversos tipos de actos administrativos, separados en vinculados y discrecionales. Para que se pueda mejor entender, utilizase la *estandarización*. Por un lado, los actos que son parte del vector *vinculación* dan lugar a patrones y, por eso, independientemente de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará si no es por los mismos medios pues por medios semejantes. Por otro, los actos que son parte del vector *discrecional* tornan difíciles e impiden la formación de patrones y, por eso, dependiendo de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará desde diversos criterios.²¹ Así, a pesar de la vinculación de los vectores al interés público y de la ineludible necesidad en los dos casos de que las opciones sobre los medios adecuados sean debidamente motivadas, a fin de evitar los excesos, deficiencias o inoperatividad, o impedir la arbitrariedad, y verificar el correcto empleo de los recursos públicos, podemos constatar que se confiere cierto margen de libertad a la Administración Pública, en los dos tipos de actos. La libertad de opciones está proporcionada por las normas jurídicas ya establecidas. O sea (FREITAS, 2009): hay casos en los que la propia orden jurídica delimita el juicio administrativo al mínimo posible acerca de *cómo* atender una finalidad; pero en otros, esa misma orden permite un juicio mayor de decisión sobre qué *medios* adoptar (DI PIETRO, 2007). Tanto en los actos vinculados cuanto en los actos discrecionales hay una libertad de elección fundamentada de

²¹ Esto también parece ser el entendimiento de Peixoto (2006).



opciones. Y esto ocurre porque hay casos en los que existe más de una manera adecuada de atender al interés público y también casos en los que la ley no ofrece los elementos necesarios para llegarse a la mejor solución.

Las políticas públicas resultan de *actos administrativos* vinculados o discrecionales, pudiendo, así, depender o no de una decisión entre variadas soluciones apropiadas y razonables de la Administración Pública para realizar con eficiencia los mandatos de las normas jurídicas, entre ellas las normas de derechos, especialmente los sociales. Las políticas públicas son vistas aquí como servicios públicos prestados por el Estado, a través de la Administración Pública o de sus delegatarios, para promover los derechos. El concepto de *políticas públicas* es más amplio que el de *servicios públicos*²² en aquello que se refiere a la realización del objetivo de la política pública, por existir una armonización entre las actividades desarrolladas por la Administración y sus delegatarios y por las entidades de naturaleza privada²³ hacia la realización de los derechos. Ellas buscan su fundamento primordial en la Constitución y en las leyes que las reglamentan. Así, el Poder Legislativo puede crear una determinada ley, y al igual que si la iniciativa normativa proviene de otro Poder, puede la Administración Pública efectuar prestaciones con eficiencia y también reglamentarlas – en caso de prestaciones por entes privados, delegatarios o prestadores de servicios compartidos – siguiendo siempre los límites y las directrices indicadas por el Legislativo y por los mandatos constitucionales a fin de realizar los derechos fundamentales.

La actividad prestacional está obviamente sujeta al control formal y material, sobre todo en relación a la contemplación de su finalidad (la viabilidad del ejercicio de las libertades a través de la realización por el Estado de los derechos fundamentales sociales) y asimismo en aquello que tiene a ver con la motivación del acto. El denominado *control de la Administración Pública* o *control de las políticas públicas realizadoras de los derechos*, tiene como objetivo garantizar que la prestación de políticas públicas sea eficiente, respetándose los

²² Vease: Bucci (1997).

²³ Esto es, cuando no estuvieren actuando en la posición de delegatarias. Las empresas privadas pueden actuar, así, para la concretización de derechos fundamentales, como delegatarias de servicios públicos reservados al Estado o como prestadoras de servicios no reservados al Estado, mas de relevancia pública (salud, ocio, educación etc.) – los llamados “servicios compartidos” – pudiendo el Estado reglamentar, en ambos los casos, y también subsidiar y fomentar su prestación, con la intención de tornarla más eficiente. Vide: Aragão (2007); y Barcellos (2007).



principios y finalidades que la orden jurídica impone a esa actuación (BACELLAR FILHO, 2007), y evitándose, con esto, desvíos que puedan ocurrir, tales como desvíos sobre la finalidad y sobre los recursos públicos. Este control debe partir, primero, del propio Estado, que, al producir un acto administrativo, debe cuidar para que él atienda al interés público, o en caso de ser servicio delegado o servicio compartido debe actuar de manera regulada, obligando a los entes privados a observar el interés público. Se trata del autocontrol, por el cual el Estado ofrece a los individuos al menos certeza teórica de que sus intereses están siendo debidamente observados y que las políticas públicas están siendo prestadas con eficiencia (FRANÇA, 2008). Además del autocontrol, deben existir también controles externos porque hasta en la más optimista de las hipótesis es posible que el control interno falle. De este modo, es posible el control político por el Poder Legislativo, pudiendo actuar incluso junto a un Tribunal de Cuentas en relación a la fiscalización de los gastos e inversiones de recursos. Es también posible el control judicial (SEABRA FAGUNDES, 1957), el cual debe apreciar la legalidad de los actos dados y el cumplimiento de la Constitución.²⁴ El Ministerio Público también puede actuar valiéndose, sobremanera, de su condición de fiscal del derecho, para controlar la prestación de las políticas públicas, y utilizando los medios que el ordenamiento constitucional le confiere para defender el interés público. Por fin, los ciudadanos pueden, como propietarios de la cosa pública, individualmente o a través de la sociedad civil, efectuar el denominado control social como instrumento de lo que los autores califican de democracia participativa,²⁵ por medio, por ejemplo, de evaluaciones sobre la calidad de los servicios prestados y el acceso a informaciones sobre los actos del gobierno.

El control en la prestación de políticas públicas se produce, por tanto, en el marco interno del propio Estado a través – por ejemplo – de revisiones de oficio de sus actos o de la actividad reglamentaria de los órganos creados para tal fin, como también en el marco externo cuando –por ejemplo – las otras funciones del poder estatal y sus auxiliares, además de los ciudadanos, controlan no sólo, a pesar de principalmente, la actuación de la Administración Pública sino también la

²⁴ Este tipo de control no sería necesario, en principio, si las actividades prestacionales observasen la legislación y la Constitución, ya que, de ser así, sería posible hablar hasta de reducción de los casos sometidos a su tamiz y tal vez hasta de una mayor agilidad en el enjuiciamiento de ciertos tipos de demandas.

²⁵ Por ejemplo: Valadés (1998).



acción de los particulares cuando prestan servicios de interés público. Actuándose así como una especie de “administrador negativo” (FREITAS, 2009). Pues bien, es bajo ese control general de la Administración Pública donde es necesario observar si los recursos obtenidos por el Estado a través de los tributos están siendo debidamente aplicados a la consecución de la finalidad principal y primordial de la maquinaria estatal, consistente en el cuidado y protección de las necesidades humanas básicas, esto es, la realización de los derechos fundamentales; sin apelar en este ámbito al discurso de la reserva del posible y la prohibición de retroceso social. En definitiva, dicho control busca evaluar la eficiencia del Estado en la realización de sus actividades.

6 CONCLUSIONES

Finalmente, en conclusión, se puede decir que los individuos en cuanto miembros de una sociedad y sujetos al poder estatal tienen el deber de pagar tributos cuyo montante está dirigido a la manutención de la maquinaria estatal y a la realización efectiva de los derechos que se relacionen a las necesidades humanas básicas (mínimo existencial). Dar efectividad a ellos depende de la actuación gerencial del Estado, que, a través de decisiones administrativas representadas especialmente por la planificación y realización de políticas públicas, gasta los recursos recaudados administrándolos con eficiencia. La realización del mínimo existencial depende, así, de actos administrativos que prevean una dotación de presupuesto propia, sin perjuicio de provisiones para la manutención del propio Estado, pero en detrimento de gastos que no se revelen necesarios o para esta manutención o para aquella realización. De ahí la necesidad de que exista un control de los actos realizados por la Administración Pública, para que se fiscalice esa dotación financiera y de presupuesto, evitándose que las malas opciones hechas por los agentes estatales vinculen el mínimo existencial al discurso de la reserva del posible, y de que los derechos fundamentales ya realizados no sean sometidos a una reversión de su realización.

La Administración Pública contemporánea, como parte de la maquinaria estatal, tiene como papel la necesaria realización y manutención del contenido esencial de los derechos, a través de la realización de políticas públicas, en asociación o no con entidades privadas, empleando correctamente los recursos



públicos que le son conferidos por la sociedad en general, para que se pueda proporcionar a los individuos, especialmente a aquéllos que no tienen condiciones o las tienen pero no las suficientes, oportunidades de poder ejercer su autonomía y disfrutar de sus libertades básicas. En el mismo ámbito, los individuos tienen el papel de financiar conforme a su capacidad la construcción de una sólida base de recursos públicos y de exigir del Poder Público, especialmente de la Administración Pública, el correcto empleo de ese montante para la realización efectiva de dichos derechos. Establecida esa relación, la sociedad y los individuos deben exigir del Estado, o él tiene la obligación de hacerlo, la adopción de medidas de manutención de la realización de los derechos, a fin de prestarlos con el objetivo de cubrir un mínimo existencial a través de programas genéricos o específicos de acuerdo con la vulnerabilidad de los sectores sociales, proporcionando el ejercicio de una dignidad sin retrocesos para cualquier persona. Además, el Estado también tiene la obligación de prestar cuentas a la sociedad, demostrándole que los recursos recaudados fueran correctamente previstos en el presupuesto para su uso en la realización eficiente y la protección de los derechos.

REFERENCIAS

AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, R. F. A. de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. **RIL**, n. 149, 2001.

ARAGÃO, A. S. de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



BACELLAR FILHO, R. F. O controle da administração pública. In: CISNEROS FARIAS, G.; FERNÁNDEZ RUIZ, J. LÓPEZ OLVERA, M. (orgs.). **Control de la Administración Pública**. México: UNAM, 2007.

BALBONI, E. Il concetto di ‘livelli essenziali e uniformi’ come garanzia in materia di diritti sociali. **Le Istituzioni del Federalismo**, n. 6, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. ‘Relatividade’ da competência discricionária. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 8, 2004.

BARCELLOS, A. P. de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARNES VÁZQUES, J. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **Revista de Administración Pública**, v. 35, 1994.

BERNAL PULIDO, C. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2007.

BLAIRON, K. Grandeur et décadence d’un principe: l’imposition à raison des facultés contributives. In: SARAIVA FILHO, O. O. P. de et al. (orgs.). **Limitações materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. **RIL**, n. 133, 1997.

CASALTA NABAIS, J. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina Editora, 2004.

COASE, R. H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, v. 3, 1960.



D'ÁVILA LOPES, A. M. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **RIL**, n. 164, 2004.

DE CONTO, M. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

DE LUCAS, J.; AÑÓN ROIG, M. J. Necesidades, razones, derechos. **Doxa**, n. 7, 1990.

DERBLI, F. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FABRIZ, D. C.; SIQUEIRA, J. H. de. Direitos humanos fundamentais meio a desejos, às narrativas e às experiências: um balizamento na perspectiva crítica. **RJLB**, v. 5, n. 6, 2019.

FALCÃO, M. A. As notas dissonantes do princípio constitucional da capacidade contributiva. In: SARAIVA FILHO, O. O. P. de et al. (orgs.). **Limitações formais e materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

FRANÇA, P. G. **O controle da administração pública**. São Paulo: Editora RT, 2008.

FREIRE JÚNIOR, A. B. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora RT, 2005.

FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GALDINO, F. **Introdução à teoria do custo dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.



GOMES CANOTILHO, J. J. Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades**, n. 6, 1998.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.

IMMORDINO, G.; PAGANO, M. The cost of rights: an economic analysis. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, 2004.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2002.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **RIL**, n. 144, 1999.

LYRA, J. F. D. da C. *et al.* A era dos deveres: a necessidade de um estatuto completo da pessoa humana para a eficácia social dos direitos. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 43, 2020.

MACHADO, Á. A. L.; FIGUEIREDO, M. Estudos sobre a eficácia do princípio da capacidade contributiva. *In*: SARAIVA FILHO, O. O. P. de *et al.* (orgs.). **Limitações materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

MARTINS, L. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. São Paulo: Marcial Pons/KAS, 2005.

MARTINS, L. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. **Rev. EPM**, n. 2, 2004.

MAURO, M. Il principio costituzionale italiano di capacità contributiva con particolare riferimento alla tassazione ambientale. *In*: SARAIVA FILHO, O. O. P. de *et al.* (orgs.). **Limitações materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.



NEUNER, J. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, I. W. (org.). **Jurisdição constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

OMMATI, J. E. M. Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro. **RT**, v. 930, 2013.

PEIXOTO, D. M. **Competência administrativa na aplicação do direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PÉREZ LUÑO, A.-E. Los derechos sociales y su significación actual. In: ZAPATERO GÓMEZ, V.; GARRIDO GÓMEZ, M. I. (coords.). **Los derechos sociales como una exigencia de la justicia**. Ciudad de Mexico: UNAM, 2009.

POSNER, R. A. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe – and for the United States. **Tulsa L. J.**, v. 32, n. 1, 1996.

PREIS, M. A.; LYRA, J. F. D. da C. Teoria dos deveres fundamentais na perspectiva constitucional brasileira. In: SARLET, I. W. (org.). **Os direitos fundamentais num mundo em transformação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

PRIETO SANCHÍS, L. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 22, 1995.

QUEIROZ, C. M. M. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROBEYNS, I. The capability approach: a theoretical survey. **Journal of Human Development**, v. 6, n. 1, 2005.

RODRIGUES, R. S. A capacidade contributiva como pressuposto do fenômeno da tributação. In: SARAIVA FILHO, O. O. P. de et al. (orgs.). **Limitações formais e materiais ao poder de tributar**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.



SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **RDCONS**, n. 67, 2008.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SCAFF, F. F. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos? *In*: COUTINHO, J. N. M.; MORAIS, J. L. B. de; STRECK, L. L. (orgs.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCAFF, F. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. A. B. (orgs.). **Diálogos constitucionais**. São Paulo: Editora Renovar, 2006.

SCHÄFER, J. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1957.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SEN, A. Human rights and capabilities. **Journal of Human Development**, v. 6, n. 2, 2005.

SILVA, V. A. da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, V. A. da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (orgs.). **Direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



SIQUEIRA, J. H. de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **RDCI**, v. 95, 2016.

SIQUEIRA, J. H. O critério da capacidade econômica na tributação. **Revista de Derecho (Valparaíso)**, v. 35, n. 2, 2010.

SIQUEIRA, J. H. de. Os vinte anos da constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social. In: SIQUEIRA, J. H. de; TEIXEIRA, B. C.; MIGUEL, P. C. (orgs.). **Uma homenagem aos vinte anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2008.

VALADÉS, D. **El control del poder**. Mexico: UNAM, 1998.

VAZ, A. R. V. A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **RDCI**, n. 66, 2009.

VERONESE, O.; LYRA, J. F. D. da C.; PREIS, M. A. Deveres humanos fundamentais: um olhar sobre a face oculta da era dos direitos. **EJIL**, n. 21, 2020.

WALZER, M. **Esferas da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudencia do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008.

ZIMMERLING, R. Necesidades básicas y relativismo moral. **Doxa**, n. 7, 1990.

ZOCKUN, C. Z. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, UNIDADE DO DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS



William Soares Pugliese¹

Luiz Henrique Krassuski Fortes²

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655/2018 promoveu relevantes alterações no texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³. Dentre elas, foram incluídos dois dispositivos que tratam de elementos que deverão ser considerados pelos órgãos decisórios das esferas judicial, administrativa e de controladoria. Tratam-se dos artigos 20 e 21 da LINDB, que, em síntese, passaram a estabelecer textualmente que todas as decisões nessas esferas devem considerar as suas consequências práticas, jurídicas e administrativas⁴. O Diploma passou a afirmar a absoluta insuficiência de uma menção acrítica, irrefletida e apressada a valores jurídicos abstratos.

¹ Pós-doutor pela UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. *Gastforscher* no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado. orcid.org/0000-0002-5932-9076; wpugliese@gmail.com

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Professor de Direito Processual Civil e Constitucional. Membro da Comissão de Advocacia nos Tribunais Superiores da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Distrito Federal (OAB/DF). Advogado em Brasília/DF; krassuski@gmail.com

³ Este artigo reflete pesquisa apresentada no II Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito, na PUC/RS. O texto, cujo enfoque se dava apenas sobre as decisões judiciais, foi originalmente publicado em Pugliese e Krassuski Fortes (2020).

⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” e “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.



A proposta do presente artigo é a de que esses dispositivos dão um passo adicional na densificação do dever de motivação, previsto constitucionalmente no art. 93, IX, da Constituição Federal. Como se demonstrará, porém, não é só disso que se trata: as previsões da LINDB contêm regras que não podem ser lidas de forma isolada, devendo ser somadas ao art. 489 do Código de Processo Civil, bem como aos demais dispositivos do Código que impõem não apenas ao Judiciário, mas também às partes, especialmente àquelas que figuram no polo ativo de demandas judiciais, o “ônus de sustentar justificadamente suas posições jurídicas na petição inicial (art. 319, III, do CPC)”(MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 160-161).

Mais do que isso, propõe-se que esta conduta também seja adotada na esfera administrativa e, principalmente, na alteração de políticas públicas, a fim de se evitar mudanças meramente caprichosas ou circunstâncias, com prejuízos não apenas à coisa pública, mas especialmente à segurança jurídica e à previsibilidade.

Vale dizer, a construção da norma jurídica que deflui do microsistema formado por Constituição, Código de Processo Civil e, mais recentemente, pela nova redação da Lei de Introdução, aponta para o desenvolvimento de um modelo cooperativo do processo⁵ vocacionado a “uma decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC) em geral, e à unidade ao Direito, no particular, de modo que as decisões judiciais (e administrativas) não promovam, de forma acidental, não antecipada, ou mesmo irrefletida, incoerências indevidas ou desigualdade, criando artificialmente regimes jurídicos distintos para pessoas submetidas a situações fáticas idênticas ou semelhantes.

Nesse sentido, o presente artigo propõe a leitura de que a recente modificação legislativa buscou, em sua essência, que as instâncias decisórias não apenas considerem as consequências práticas das decisões que venham a tomar, mas, ao indicar de modo expresso as suas consequências previstas (ou ao menos esperadas), permitam a maior controlabilidade intersubjetiva do exercício do poder estatal visto como um todo.

Para tanto, o trabalho tem como primeiro objetivo avaliar o conteúdo da alteração da LINDB, com suporte na concepção de unidade. Dessa forma,

⁵ Sobre o tema, o relevante e pioneiro trabalho de Mitidiero (2009).



inicialmente serão apresentadas três propostas teóricas sobre o tema, a fim de dar substrato para as etapas investigativas posteriores.

Em seguida, passa-se a indagar se – e como – o conjunto de dispositivos da LINDB permite interpretação restritiva, ou seja, se é possível considerar as consequências práticas, jurídicas e administrativas como apenas aquelas dos autos em que a decisão é proferida ou no contexto da ambiência administrativa que discute a continuidade de política pública já em execução. A resposta proposta, como se pode adiantar, é negativa, pois as decisões podem produzir efeitos para além das partes. Quer se pense no âmbito judicial, a partir da compreensão da adoção de um sistema de precedentes, das ações coletivas ou de outras técnicas para a solução de litígios de massa, quer se pense no âmbito da execução de uma política pública, que, por excelência se traduz em uma escolha de um agir que vai muito além de uma só pessoa ou sujeito individualmente considerado.

Ao final, o propõe-se uma possível interface do Diploma com as decisões administrativas que modificam ou extinguem políticas públicas em curso, bem como com decisões proferidas por órgãos de controle com efeitos sobre a Administração Pública.

2 UNIDADE DO DIREITO E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Os arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶ contêm duas regras de especial relevância para a noção de unidade e para a compreensão do Direito como um sistema – na acepção mais geral que esta afirmação possa receber.

De um lado, o *caput* do art. 20, apresenta texto normativo estabelecendo que os órgãos decisórios não decidirão com “base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O seu parágrafo único torna a regra com um potencial ainda maior: a motivação da decisão deverá demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Em outras palavras, a decisão deve

⁶ Ver, sobre o tema: Souza (2018).



não apenas ser pertinente para o caso e se mostrar adequada, mas deve, quando comparada a outras possíveis soluções, mostrar-se uma intervenção *on point*, isso é, necessária.

De outro, o texto normativo do art. 21 do Diploma estabelece que a decisão tomada deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Para tanto, o seu parágrafo único consigna que a decisão deverá “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. Aqui, a proposta da LINDB é nitidamente a de que a decisão não gere prejuízo aos interesses transsubjetivos ou produza, àqueles submetidos à decisão, uma espécie de tratamento desigual não justificado.

Como se consegue perceber, ambos os dispositivos revelam uma preocupação comum, um mesmo fio condutor, apesar de este não ser enunciado diretamente: o Diploma é vocacionado a trabalhar como um antídoto normativo contra intervenções decisórias que desequilibrem a balança, de forma injustificada ou aleatória, em favor – ou mesmo desfavor – de pessoas específicas, estejam ou não presentes ou representadas no âmbito do processo de tomada de decisão estatal.

Note-se, portanto, que as regras consideradas não limitam o julgador (ou o administrador) ao conteúdo do processo decisório ou mesmo do caso a ser decidido: na verdade, as regras impõem ao órgão decisório que considere as circunstâncias do caso diante: (i) do que é razoável, entendido como *adequação*; (ii) de outras alternativas possíveis (ou seja, de um juízo de *necessidade* da solução preconizada); e (iii) de outras soluções que possam ser consideradas “normais”, incluído aqui, por exemplo, até mesmo um juízo sobre se o órgão decisório deve, ou não, intervir em determinada temática e baralhar a solução atualmente vigente. De forma mais técnica, o que se pode afirmar é que essas regras sugerem a necessidade de se preservar a unidade do Direito.

Cabe ressaltar que dificilmente a doutrina chegará a um conceito unívoco de unidade. O que se tem são diferentes concepções sobre o tema. Algumas delas serão expostas neste artigo, com a finalidade de sustentar os argumentos

⁷ Em oposição ao texto da Lei, que trata de soluções “anormais ou excessivas”.



desenvolvidos⁸. A primeira delas com que se dialogará aqui foi apresentada por José Maria Tesheiner, que sustentou um direito fundamental à igualdade diante da uniformização da jurisprudência (TESHEINER, 2014, p. 167-173).

Na precisa síntese do autor, a ideia central é a de que a uniformização da jurisprudência “é decorrência lógica do direito fundamental à igualdade perante a lei, mas o tratamento igual sem consideração dos elementos do caso concreto desfigura a atividade jurisdicional” (TESHEINER, 2014, p. 167). Nesse sentido, Tesheiner inicia sua exposição afirmando que a igualdade é um dos princípios estruturantes do regime de direitos fundamentais, de acordo com o *caput* do art. 5º da Constituição. Afinal, se todos são iguais perante a lei, decorre da noção de igualdade formal a necessidade de haver igualdade na aplicação do Direito. Mais: para que se tenha igualdade na aplicação do Direito, a interpretação e a aplicação da Lei devem ser iguais, “sejam quais sejam os autores ou os réus” (TESHEINER, 2014, p. 168).

O ponto central na proposta de Tesheiner está na observação de que a igualdade é um ideal jurídico – e, pode-se adicionar, um verdadeiro comando jurídico na ordem jurídico-constitucional vigente no Brasil -, e não meramente social, pois sua gênese é reconduzível à própria noção de acesso à justiça no pensamento liberal do Século XVIII, incorporado na concepção de estado que se seguiu às revoluções liberais. Nessa linha, um dos principais efeitos da igualdade formal e jurídica é impedir que a interpretação do órgão decisório crie, implícita ou explicitamente, distinções injustificadas de qualquer natureza.

Por outro lado, observa o autor, cada caso contém elementos e circunstâncias não pensados ou desprezados pelo legislador, mas que, por justiça ou equidade, podem exigir decisão diferente da estabelecida pelo texto normativo (TESHEINER, 2014, p. 169). Como é de conhecimento comum, essa tensão entre a segurança da lei e a interpretatividade do Direito (e, adicionamos, da construção/reconstrução do sentido da norma jurídica) é constituinte do fenômeno jurídico e, como não poderia deixar de ser, por si própria é capaz de gerar contradições. O grande problema, como percebe Tesheiner, “consiste em localizar o ponto em que a igualdade deve abrir espaço para as diferenças” (TESHEINER, 2014, p. 169).

⁸ A concepção de unidade é bastante variável, razão pela qual a exposição aqui desenvolvida não implica uma tomada de posição definitiva, pelos autores, em favor de uma determinada posição teórica. Uma definição, ainda que dotada de provisoriedade, é um passo necessário para o enfrentamento das questões postas no presente artigo.



Considerando o caráter argumentativo do Direito, o autor defende a adoção de um sistema que privilegie os precedentes persuasivos. Para ele a solução dos precedentes vinculantes resultaria na imposição de regra geral por quem desconhece, não quer e não pode conhecer a situação concreta. De acordo com o autor, enquanto o precedente vinculativo implicaria uma subordinação do julgador aos precedentes dos tribunais superiores, o persuasivo reconheceria que “todo juiz é juiz”, isso é, um órgão do Poder Judiciário a quem cabe, por escolha da Constituição, desenvolver a atividade interpretativa e a solução dos conflitos. Por meio dos precedentes persuasivos, de acordo Tesheiner, haveria especial atenção à unidade, mas não se limitaria a magistratura.

O autor ainda arremata, em conclusão, que para os casos em que uma decisão uniforme é imperiosa, a melhor saída para o Direito brasileiro seriam os processos coletivos:

Nos casos em que imperiosa decisão uniforme, parece-nos que a solução se encontra nas ações coletivas: em vez de se exigir que múltiplos juízes se pronunciem de igual forma sobre, por exemplo, o percentual do reajuste das pensões, uma única decisão, determinando que o INSS efetue o reajuste devido nos pagamentos aos pensionistas (e não apenas aos autores de ação individual) (TESHEINER, 2014, p. 172).

Como se vê, José Tesheiner apresenta uma proposta de unidade que decorre da justiça formal e que tem como corolário a necessidade de se decidir casos iguais de forma igual, deixando espaço, porém, para cada magistrado avaliar as circunstâncias fáticas do caso, razão pela qual os órgãos decisórios não estariam vinculados às decisões anteriores. A função dos precedentes nessa compreensão seria eminentemente persuasiva, na exata medida da unidade do Direito. O texto, de 2014, retrata uma interessante proposta, porém anterior à aprovação do Código de Processo Civil de 2015 e, portanto, que antecedeu a uma maior cristalização do debate sobre precedentes no direito brasileiro.

Outra compreensão teórica diga de nota é a de Neil MacCormick do Direito como ordem normativa institucional. Nessa leitura teórica, a fundamentação e os efeitos das decisões têm um papel essencial na própria concepção e operacionalização do Direito. Na visão do autor escocês, os atos de aplicação do



Direito preservam a unidade jurídica por meio da coerência e da consistência da argumentação.

Nesse sentido, a coerência significa que as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto (MacCORMICK, 2006, p. 197). Um trecho do autor auxilia a compreensão desse entendimento: “conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma” (MacCORMICK, 2006, p. 197). Essas normas mais gerais costumam ser denominadas de princípios, no sentido de que permitem que um juiz chegue a uma decisão que inova o ordenamento jurídico, mas não implica usurpação de competência do legislativo. Há, portanto, um norte para as interpretações dos órgãos decisórios que balizaria a unidade do Direito.

Além da coerência, para o autor é na fundamentação que se deve demonstrar que a decisão não conflita com normas já estabelecidas e de caráter compulsório – o que, para MacCormick é denominado consistência. O autor destaca que é fácil exprimir este conceito, pois ele é um mandamento fundamental do Direito: não se deve contradizer o que é estabelecido e vinculante pelo próprio Direito. Esse significado, porém, não é o de meramente obrigar os juízes a decidir de acordo com as leis vigentes – ou, adicione-se, conforme os precedentes dos Tribunais superiores. Há um inequívoco espaço de interpretação e argumentação, pois a noção de coesão não apaga as considerações sobre coerência. Assim, por melhor que seja um argumento, até mesmo construído sobre os princípios vigentes no ordenamento, a decisão não pode prosperar se ela não demonstrar que é compatível com normas estabelecidas. A consistência, assim, pressupõe não apenas o conhecimento dos dispositivos normativos, mas também a possibilidade de uma interpretação ampla de todo o ordenamento jurídico. A noção pode ser sintetizada na seguinte noção: “não contradirás uma lei do Parlamento – mas descobrir uma interpretação de uma lei que seja compatível com a deliberação que se considera correta por outros motivos não representa violação desse mandamento” (MacCORMICK, 2006, p. 256).

Em sua produção teórica mais recente, MacCormick passou a defender uma relação próxima entre coerência e precedentes, tidos por ele como essenciais para a preservação da unidade do Direito. Para o autor, a remissão a precedentes



se justificaria por três razões. A primeira é por uma questão de justiça formal, em termos semelhantes ao da compreensão de Tesheiner. A segunda é a ideia de um sistema jurídico imparcial que trata a todos da mesma forma, independentemente das partes e do juiz que julga o caso, sem descuidar, porém, das particularidades de cada caso. Por fim, a terceira é a economia de esforço de juízes e advogados, que não precisam de uma nova rodada de argumentação para resolver um determinado tipo de caso conflituoso já apreciado pelas cortes. Na ótica dos precedentes, a coerência “é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ na sua totalidade” (MacCORMICK, 2008, p. 248).

Diante disso, é possível desenhar duas conclusões sobre os aspectos definidores de “coerência”, em um sistema jurídico e judiciário. O primeiro, é que a coerência normativa nada mais é do que buscar um valor ou grupo de valores servidos pelas normas. Investigar a coerência normativa é uma “questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes” (MacCORMICK, 2008, p. 250). Este aspecto da coerência normativa tem um outro lado: ao mesmo tempo em que as regras devem se subordinar a valores, elas não podem violar outros valores e regras.

O segundo aspecto da coerência é a satisfação, por um conjunto de regras, de um princípio mais geral. Para fazer sentido, portanto, as normas devem ser relacionadas racionalmente com a realização de algum valor ou de um princípio. A coerência de um conjunto de normas “é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória” (MacCORMICK, 2008, p. 253).

Seguindo essas premissas, as regras se mostram como desdobramentos de princípios gerais, também porque detalham a forma como esses princípios ou valores interferem na vida de cada um.

Por conta disso, ser coerente garante relativa clareza e previsibilidade na aplicação do Direito. Assim, o ordenamento será mais inteligível “se for representado concretamente por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais que podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade” (MacCORMICK, 2008, p. 263). Esta proposta encerra a noção de igualdade do autor.



Nessa mesma toada, cabe, ainda, uma breve menção à noção de Direito como integridade de Ronald Dworkin, mas não aqui no espaço tradicional do Direito como romance em cadeia, mas sim da integridade que busca evitar o que o autor denomina de *checkerboard statutes*. Na teoria de Dworkin essa proposta específica visa evitar a tomada de decisões aparentemente justas, mas que criariam disparidades entre pessoas submetidas a situações idênticas.

Para demonstrar essa afirmação, recorre-se ao caso da legislação como um “tabuleiro de xadrez” (*checkerboard*)⁹ (DWORKIN, 2014, p. 216). A ideia é a seguinte: “criam-se diferentes quadrados na mesma superfície de jogo e colocam-se regras moralmente inconsistentes em todos os quadrados” (PETERS, 1996, p. 2077-2078)¹⁰. Um exemplo de regras inconsistentes, oferecido por Dworkin, seria a autorização do aborto para mulheres nascidas em anos ímpares, e a proibição para as mulheres nascidas em anos pares. Essa solução salomônica, factível sob um ponto de vista formal, encontraria respaldo em uma tentativa de conciliar interesses da população favorável e contrária à prática.

Ocorre que essa solução legislativa, porém, não satisfaz nenhum interesse. Ao contrário, existe, no fundo de uma técnica como essa, algo que não agrada nem a quem é a favor, nem a quem é contra o aborto. Uma comunidade costuma concordar com o argumento de que, apesar das mais variadas razões e opiniões ao longo da deliberação coletiva, a decisão deve procurar uma solução coerente com algum princípio cuja influência se estenda sobre toda a prática (DWORKIN, 1986, p. 179)¹¹. No exemplo, deve-se escolher se o princípio a ser adotado pela comunidade é o direito à vida do feto, ou o direito à autonomia da mulher: não há como se comprometer com um nos anos ímpares, com outro nos anos pares. Se a incompatibilidade dessa solução é, de rigor, intuitiva, a pergunta que não quer calar é singela: por quê?

Para Dworkin (1986), de partida, a resposta rejeita a possibilidade de se responder a esta pergunta partindo de algum outro valor. Para ele, nem as

⁹ Na tradução para o português, optou-se pelo emprego da expressão de leis com caráter “conciliatório”, com certa inversão do texto para preservar o sentido almejado pelo autor.

¹⁰ A síntese é tradução livre de: “it creates different squares on the same playing surfaces and places morally inconsistent rules in every other square”.

¹¹ “But we reject a division between parties of opinion whe matters of principle are at stake. We follow a different model: that each point of view must be allowed a voice in the process of deliberation but that the collective decision must nevertheless aim to settle on some coherent principle whose influence then extends to the natural limits of its authority. If there must be compromise because people are divided about justice, then the compromise must be external, not internal; it must be compromise about which scheme of justice to adopt rather than a compromised scheme of justice”.



concepções de justiça, nem de igualdade, são capazes de afastar, racional e totalmente, um ato normativo “salomônico”. Se a resposta não decorre de nenhum desses valores, sugere o autor que existe outro valor, ou virtude, escondido nos “instintos” de uma comunidade que impede a ratificação de uma lei de opostos. Dworkin (1986) sustenta, a partir disso, que ao lado da justiça formal e da substancial existe um terceiro valor que equilibra as demais: a integridade. Em outras palavras, o que a integridade procura afastar é a inconsistência principiológica entre os atos do estado, em uma determinada comunidade política.

A partir da interpretação da LINDB, nota-se que os arts. 20 e 21 têm relação com as noções de unidade, coerência e integridade apresentadas acima, ainda que, obviamente, dispositivo normativo algum, seja ele previsto na LINDB, o CPC, ou, em extremo, na própria Constituição, tenha o condão de encerrar em si uma teoria, tornando-a obrigatória e estanque.

De todo modo, a preocupação comum aos autores resgatados neste tópico, é, ao fim e ao cabo, singela: como harmonizar o conteúdo e os efeitos de uma decisão específica com o ordenamento jurídico amplamente considerado? Daí porque a LINDB determina que a decisão seja adequada quando comparada a outras possíveis soluções e que esta, em especial, não pode gerar prejuízo aos interesses gerais ou, em extremo, produzir tratamento desigual não justificado a todos os cidadãos submetidos à decisão (e, por via reflexa, a todos aqueles que dela são excluídos).

Mais: o Diploma, lido em conjunto com os demais dispositivos normativos que densificam o dever de motivação constitucional, especialmente as regras processuais previstas no CPC, proscreve que seja feita apenas uma menção a “valores jurídicos abstratos” (art. 21, *caput*, LINDB), o que obviamente inclui a mera indicação, paráfrase ou reprodução do dispositivo normativo que os abarca, sendo necessário deixar claro a sua “relação com a questão decidida” (art. 489, § 1º, I, do CPC), explicando sua incidência ao caso (art. 489, § 1º, II, do CPC), e o porquê de esse ser a escolha mais adequada.

Como se adiantou, todo o exposto leva a entender que a LINDB impõe, em realidade, uma análise para além dos autos e das partes nele presentes ou representadas. Ou, ainda, que leve a sério as consequências de uma decisão administrativa que será tomada, muito para além do procedimento que conduzirá a escolha do administrador. O próximo item trata de uma proposta para o sentido

dos dispositivos nos processos judiciais para, em seguida, avaliar a situação sob o ponto de vista da administração pública.

3 A LINDB IMPÕE UMA ANÁLISE PARA ALÉM DOS AUTOS E DAS PARTES NAS DECISÕES JUDICIAIS

Retorna-se ao conteúdo dos arts. 20 e 21, da LINDB. Como adiantado, o novo texto legal pode receber, à primeira vista, uma interpretação limitada, na linha de que as referidas consequências apontadas pelos dispositivos seriam apenas as verificadas nos próprios autos e na relação jurídica processual formada entre as partes.

De acordo com as propostas de compreensão sobre a unidade do Direito sintetizadas no item anterior, no entanto, esta não parece ser a melhor solução para a construção/reconstrução das normas da LINDB, ou mesmo a interpretação mais harmônica com a Constituição Federal e com as demais regras processuais previstas no CPC. O ponto é demonstrado por um conjunto bastante robusto de razões.

Vale a nota prévia de que as normas fundamentais do direito processual impõem compreensão contrária, seja porque o próprio legislador brasileiro reconheceu a força dos precedentes – algo que por si só decorreria da própria estrutura escalonada do sistema de Cortes e das diferentes funções atribuídas pela Constituição a elas -, seja porque para uma leitura limitadora da razão de ser da reforma da LINDB ficar de pé, simplesmente teria que desconsiderar os diversos instrumentos para tratamento de macrolides no direito brasileiro ou mesmo a existência do direito processual coletivo.

Em primeiro lugar, uma vez que as alterações da LINDB dizem respeito ao ato de decisão, inclusive judicial, é imprescindível que se considere as regras do processo civil em conjunto com as da Lei de Introdução, como já se adiantou. Vale recordar, apenas como um argumento que reforça a tese aqui apresentada, que essa preocupação constitucional tem sido cada vez mais consolidada também no plano infraconstitucional, tanto é que o Código de Processo Penal igualmente recebeu regra que impõe uma maior atenção aos requisitos de fundamentação das decisões judiciais (art. 315, § 2º, CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2009).

Nessa linha, as normas fundamentais do processo civil orientam uma interpretação do processo – e, portanto, da decisão judicial – de acordo com os





valores e princípios estabelecidos na Constituição. Mais, o Código de Processo Civil prevê que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito “justa e efetiva”¹². Quando se trata de sujeitos do processo, é necessário ter em mente que a atuação colaborativa deve ocorrer, especialmente, entre as partes e o magistrado. Ou seja, para que a decisão judicial atenda os requisitos legais da LINDB, as partes devem apresentar argumentos adequados e suficientes para tanto. Vale dizer, portanto, que os arts. 20 e 21 da LINDB fazem especial sentido diante do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil¹³.

O art. 489, § 1º, do CPC, por sua vez, estabelece as linhas mestras da fundamentação das decisões judiciais. De forma bastante objetiva, o dispositivo contém regras que vedam, ao magistrado, a tomada de decisões pela mera indicação de um texto legal, exigindo que se realize um raciocínio silogístico refinado. Proíbe-se, também, o julgamento que empregue conceitos jurídicos indeterminados invocados de forma frívola e decorativa, devendo o julgador explicar o motivo concreto de sua incidência. O mesmo artigo impede, ainda, que se invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão e que o julgador não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão por si adotada. Como já se adiantou, é fora de dúvida que essas regras de fundamentação caminham lado a lado dos arts. 20 e 21, da LINDB.

Em suma: tanto o art. 489, do CPC, quanto a LINDB, vedam o emprego de valores jurídicos abstratos – ou conceitos jurídicos indeterminados. Ao se compreender as leis brasileiras como efetivo sistema, a interpretação de ambas – e a norma jurídica que delas se extrai – significa nada mais, nada menos, do que o julgador, ao ter que explicar o motivo da incidência do conceito jurídico indeterminado no caso e considerar as consequências práticas da decisão quando

¹² Sobre o tema, ver Mitidiero (2009, 2017).

¹³ “Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.



decide com base em valores, deverá considerar os efeitos de sua decisão sobre a noção de unidade do Direito.

Ou seja, um conceito jurídico indeterminado não pode assumir uma feição, em um único caso, que seja diferente da aplicada nos demais; ou, ainda, a decisão de um caso não pode provocar uma alteração conceitual ou interpretativa de todos os outros, ou mesmo impactar negativamente em um ambiente fortemente regulamentado.

Perceba-se, ainda, que o art. 21, da LINDB, leva as exigências de fundamentação a um patamar superior. A decisão que invalida ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deve indicar expressamente suas consequências jurídicas e administrativas. Ora, o dispositivo exige mais das partes e dos julgadores: não cabe apenas pleitear a invalidade de um determinado ato, pois cada um dos sujeitos processuais deve argumentar de forma específica e analítica a respeito dos efeitos produzidos pelo eventual acolhimento da pretensão.

Em certo sentido, esta regra aproxima os processos tradicionais às hipóteses mais complexas enfrentadas em ações coletivas ou mesmo nos chamados litígios estruturais¹⁴, pois a demanda passa a ser objeto de análise prospectiva, e não apenas de uma tutela retroativa de atos jurídicos¹⁵.

O ponto é ainda mais relevante nos assim chamados litígios multipolares, ou, mais especificamente, diante de litígios coletivos de difusão irradiada (VITORELLI, 2016), em que há uma pluralidade de atores que não são facilmente reconduzíveis de modo estanque ao polo ativo ou passivo da demanda, já que nem sempre contam posições homogêneas – e, em realidade, podem passar a ter posições até mesmo conflitantes ao longo da construção da solução para o conflito.

Não bastasse isso, o art. 489, § 1º, tem ainda dois incisos que tratam do emprego de precedentes. Como exposto no item acima, ao impor que as decisões considerem precedentes, o direito brasileiro admite a compreensão de que as decisões judiciais potencialmente possuem caráter vinculante, direto ou indireto, para além da relação jurídica processual concreta.

¹⁴ Nesse sentido, ver: Jobim e Arenhart (2019) e Vitorelli (2016).

¹⁵ O parágrafo único do art. 21 deixa essa afirmação ainda mais clara, quando estabelece que a decisão deverá “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”.



Ora, se as decisões judiciais produzem efeitos para além das partes, isso é, as normas jurídicas reconstruídas para permitir o exercício da jurisdição e resolver o caso concreto podem ser universalizadas, ou seja, constituir precedentes que devem ser futuramente observados quando da decisão de casos semelhantes, as consequências práticas, jurídicas e administrativas a serem consideradas pelo órgão decisório são mais complexas e demandam maior esforço argumentativo. E este esforço, por sua vez, não deve ocorrer apenas sob o ponto de vista interno do processo, mas também no confronto entre a decisão a ser proferida e sua relação com o ordenamento jurídico de forma mais ampla. É isso que a LINDB, bem compreendida, propõe.

Feitas essas observações, passa-se ao item final deste artigo, que avalia a repercussão da reforma da LINDB sobre as decisões administrativas e de políticas públicas.

4 LINDB, DECISÕES ADMINISTRATIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Para tratar de políticas públicas, tema bastante amplo e com diferentes possibilidades de abordagem, algumas definições prévias se impõem. O primeiro passo é definir o que se entende por política pública. Para tanto, no âmbito das presentes reflexões, adota-se como referência a revisão de literatura de Celina Souza (2006, p. 20-45). De acordo com a autora, não existe uma única, nem melhor, definição para a expressão. Em geral, o que os conceitos procuram demonstrar é que política pública é termo que expressa um conjunto de ações, ou escolhas, tomadas por governos com o objetivo de produzir determinados efeitos. Algumas definições complementam este ponto, registrando que as políticas públicas estão voltadas para a solução de problemas. Após essas e outras considerações, a autora propõe uma definição, que convém transcrever pelo seu poder de síntese:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos

e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p. 26).

Nota-se, portanto, que política pública envolve tanto a implementação de ações do poder público (governo), quanto, em especial, as mudanças no rumo dessas ações. Evidentemente, em uma democracia, as políticas públicas refletem os propósitos e a plataforma eleitoral do grupo que se encontra no poder. Assim, a transição entre um governo e outro, especialmente quando houver mudança ideológica ou de espectro político, envolve, necessariamente, a alteração de políticas públicas em um determinado Estado. Há diversas teorias que procuram explicar a formulação de políticas públicas, dentre as quais se destacam as da escolha racional e da escolha pública. O escopo deste texto, porém, é outro, e consiste em elemento distinto: a reflexão a respeito de decisões que alteram ou extinguem políticas públicas em andamento.

O caso, portanto, é de se avaliar como, e em que sentido, se aplicariam os arts. 20 e 21, da LINDB, no que diz respeito a decisões administrativas. Para tanto, cabe uma vez mais retornar ao texto normativo¹⁶ e a reconstrução de seu significado proposta no presente artigo. Nos termos do art. 20, nas “esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Neste aspecto, tem-se que a determinação legal que trata de valores jurídicos pode ter o mesmo significado entre decisões judiciais e algumas decisões administrativas, tais como as decisões em processos disciplinares. Por outro lado, decisões de cunho político – ou que tratem da implementação de políticas públicas – não pareceriam estar integralmente sujeitas a esta regra, na medida em que, em uma primeira mirada, decorreriam exclusivamente do exercício discricionário do administrador. No entanto, mesmo nesse contexto, a regra de que as consequências práticas da decisão devem ser consideradas tem imensa validade e aplicabilidade.

Por exemplo, pode-se cogitar da suspensão de uma política pública que ofereça amplo atendimento médico à população, em um Estado no qual a saúde

¹⁶ É imprescindível registrar que a gênese dos dispositivos aqui apreciados decorre de proposta de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Ver, neste sentido, Sundfeld e Marques Neto (2015, p. 7-8).



não seja direito fundamental. Se esta mudança de política pública fosse possível, mas o art. 20, da LINDB, estivesse em vigor, a exigência de que se considerassem as consequências práticas da decisão significaria, no mínimo, que um período de transição se faria imprescindível para que cada indivíduo avaliasse a contratação de um plano de saúde.

O parágrafo único do art. 20, por sua vez (“A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”) exige, do gestor público que motive a decisão pela mudança ou extinção da política pública. Este requisito é essencial para que o controle da política pública seja exercido, seja pela própria administração pública, seja judicialmente¹⁷. Esta motivação, embora não seja absolutamente idêntica à fundamentação jurídica esperada em uma decisão judicial, deve a ela se assemelhar, nos termos já demonstrados, que prestigiam a própria lógica da coerência.

Políticas públicas, afinal, não se confundem com um jogo de mera tentativa e erro, em que mesmo os acertos são desconsiderados. É certo que está na ambiência da política em sentido lato a modificação de objetivos coletivos ou de caminhos para a implementação destes. No entanto, não menos certo é que uma ordem jurídica racional não tem condições de conviver harmonicamente com a total desconsideração não só daquilo que se implementou anteriormente e “deu errado”, mas, em especial, do que “deu certo”. Sem se levar em consideração o ganho cognitivo a partir das experiências anteriores, tem-se, em rigor, uma ação baseada em meras intuições sobre o que constituiria o bem comum, e não, efetivamente, como implementá-lo, busca imposta pela nossa ordem constitucional.

Deste mesmo modo, o art. 21, da LINDB, exige que a decisão indique, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas. O parágrafo único ainda afirma que a decisão deverá “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. Neste aspecto, o que foi afirmado a respeito das decisões judiciais vale igualmente para as políticas públicas: deve a decisão ser adequada quando comparada a outras possíveis

¹⁷ Ver, sobre o tema, Breus (2006).



soluções e não pode gerar prejuízo aos interesses gerais ou produzir, aos submetidos à decisão, tratamento desigual não justificado.

Assim, com exceção de aspectos exclusivamente jurídicos da fundamentação de decisões judiciais, tal como a explicação da relação de conceitos jurídicos indeterminados a um determinado caso e o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, a administração pública deverá zelar por um ordenamento jurídico (e político) estável, íntegro e coerente.

Vale recordar que essa afirmação não significa que a alteração de políticas públicas por conta de visões políticas – o que é natural em toda democracia – engessa o sistema. Ao contrário, com segurança e previsibilidade, mudanças podem ser ainda mais bem-vindas e salutares.

Um último ponto que deve ser tratado diz respeito à interseção de ambos os temas: o controle judicial das decisões administrativas e das políticas públicas. Neste ponto, os arts. 20 e 21, da LINDB, como se percebe até aqui, têm a sua incidência ainda mais evidente.

Nesse sentido, em realidade, é possível afirmar, como bem percebido por Carlos Ari Sundfeld, que a força da LINDB sobre os órgãos de controle é um dos pontos principais da reforma pela qual passou o Diploma. Para ele, “a lei fornece instrumentos para que a segurança jurídica e a eficiência sejam viabilizadas pela atuação dos próprios órgãos de controle” (SUNDFELD, 2017).

Em outras palavras, a proposta da nova redação do texto normativo da LINDB foi a de que, ao exercer o controle de decisões administrativas e políticas públicas, todos os elementos já explorados sobre os arts. 20 e 21 sejam efetivamente considerados, com a finalidade de outorgar não só maior segurança jurídica, mas implementar uma administração pública mais eficiente, em que o Poder Judiciário é visto como um ator relevante.

Assim, por exemplo, para que uma decisão judicial determine a alteração ou a extinção de uma política pública, é imperioso que previamente sejam consideradas as consequências práticas da decisão diante da política pública em prática e de sua regulamentação, que se demonstre a efetiva necessidade e a pertinência da medida imposta à luz de gargalos concretos que realmente não poderiam, por imposição constitucional ou legal se fazer presentes na



política, bem como que se indique, expressamente, as consequências jurídicas e administrativas da decisão.

Com isso, a relação entre a Administração Pública e todos os seus órgãos de controle passa a ser mais coerente, ao mesmo tempo em que permite maior diálogo entre as instituições envolvidas. Ao invés de se trocar a “discricionariedade do Administrador” pela “discricionariedade do juiz”, com inegáveis déficits democráticos, o que se instaura é um debate profícuo entre todas as instituições efetivamente envolvidas na matéria, com um respeito ainda maior à possibilidade de participação da sociedade civil, concretizando ainda mais o modelo de democracia constitucional instaurado no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente artigo foi a de demonstrar que os arts. 20 e 21 da LINDB, em sua redação atual, dão um passo a mais na densificação legislativa do dever de motivação das decisões, em especial àquelas proferidas pela jurisdição civil, previsto de forma mais ampla pela Constituição Federal (art. 93, IX) e, mais especificamente, consagrado no art. 489 do Código de Processo Civil. Isto se deve, em primeiro lugar, pela noção de unidade do Direito, aqui resgatada a partir da visão de três autores (DWORKIN, 1986, 2014; MacCORMICK, 2006, 2008; TESHEINER, 2014).

Após terem sido consideradas essas teses, a primeira conclusão que se tem é a de que a interpretação da LINDB deve levar em conta as noções de unidade, coerência e integridade, com o especial objetivo de harmonizar o conteúdo e os efeitos de uma decisão, seja ela judicial ou administrativa, com o ordenamento jurídico, mais amplamente considerado. Daí porque a LINDB determina que a decisão seja adequada quando comparada a outras possíveis soluções e caminhos a ser escolhidos, bem como que não pode gerar prejuízo aos interesses gerais ou produzir, aos submetidos à decisão, tratamento desigual não justificado.

A segunda conclusão é a de que há relação imediata de sentido entre os arts. 20 e 21, da LINDB, e o art. 489, do Código de Processo Civil. As regras analisadas deixam claro que o Direito não pode ser aplicado pelo órgão decisor, de modo geral, sem que se justifique a incidência de conceitos jurídicos indeterminados



ao caso ou que se considere os efeitos práticos da decisão, evitando assim a produção de resultados diferentes em mais de um caso ou situação.

Uma terceira conclusão decorre da análise da teoria dos precedentes, também considerada pelo presente trabalho. Ao impor que as decisões considerem precedentes, o direito reconhece o caráter vinculante, direto ou indireto, aos precedentes. Assim, se as decisões produzem efeitos para além das partes, as consequências práticas, jurídicas e administrativas a serem consideradas pelo órgão decisor são mais complexas e demandam maior esforço argumentativo. Este esforço não deve ocorrer apenas sob o ponto de vista interno do processo, mas também na relação da decisão a ser proferida com o ordenamento jurídico.

Por fim, conclui-se que as observações do artigo são também relevantes para as eventuais mudanças de políticas públicas, na medida em que proporcionam maior previsibilidade e segurança para a sociedade e impedem alterações abruptas de políticas. Claro que aqui não se está a dizer que haja uma petrificação da atuação do Administrador quanto aos objetivos coletivos e meios de implementá-lo, questões que são objeto inclusive do debate eleitoral, mas sim a percepção de que mesmo tais mudanças merecem a adequada consideração, a fim de que se possa concretizar, entre outros, o mandamento constitucional de uma administração que se pautar pela eficiência, sem descuidar da efetividade na consecução do bem comum.

Ao fim e ao cabo, as alterações da LINDB são medidas que visam a proteção de direitos fundamentais em todas as esferas do Poder Público e sua aplicação deve ser percebida, e valorizada, como densificação maior de uma garantia fundamental, com assento na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BREUS, T. L. Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. Dissertação (Mestrado). Curitiba: UFPR, 2006.

DWORKIN, R. Law's empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. O império do direito. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.



JOBIM, M. F.; ARENHART, S. C. (orgs.). Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, 2019.

MacCORMICK, N. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MacCORMICK, N. Retórica e o estado de direito. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. Novo curso de processo civil volume 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, D. Princípio da colaboração. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>. Acesso em: 24 jan. 2021.

PETERS, C. J. Foolish consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 105, n. 8, p. 2077-2078, jun. 1996.

PUGLIESE, W. S.; KRASSUSKI FORTES, L. H. A reforma da lei de introdução às normas do direito brasileiro e seus impactos sobre a unidade do direito nas decisões judiciais. In: VITORELLI, E. (org.). Coletivização e unidade do Direito II. Londrina: Thoth, 2020.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, L. S. F. de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 123-132. 2018.

SUNDFELD, C. A.; MARQUES NETO, F. de A. Segurança jurídica e eficiência na lei de introdução ao direito brasileiro. *In*: PEREIRA, F. H. U. (coord.). Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, C. A. Uma lei geral inovadora para o direito público. *In*: Jota. São Paulo: Jota, 31 jul. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 24 jan. 2021.

TESHEINER, J. M. O direito fundamental à igualdade e a uniformização da jurisprudência. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 15, p. 167-173, jan/jun. 2014.

VITORELLI, E. O devido processo legal coletivo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.



MULHERES, POLÍTICA E AÇÕES AFIRMATIVAS: A NECESSIDADE DE HOMOGENEIDADE NA SEARA ELEITORAL POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICIENTES



Izabelle Epifânio¹
Robison Tramontina²

1 INTRODUÇÃO

A teoria geral dos direitos fundamentais, apesar de amplamente estudada e cada vez mais difundida, ainda encontra barreiras materiais profundas para que o exercício dos direitos efetivamente se concretize, e isso ocorre porque existem aspectos culturais, históricos, sociais e políticos que permeiam o desenvolvimento da sociedade, a garantia aos direitos do homem à uma vida digna, bem como a forma da manifestação da soberania estatal.

O direito à participação política nem sempre foi assegurado para todos, a democracia ateniense, considerada berço da democracia moderna, era excludente na medida que somente possuía direito de sufrágio os homens gregos, livres, e nascidos na cidade.

Com o passar do tempo, e com a democracia se aperfeiçoando, os valores do Estado foram se estabelecendo e se passou a consolidar a ideia de que o direito fundamental aos direitos políticos ativos e passivos pertencem a todos os cidadãos, sem distinção de classe, cor, gênero, ou qualquer outra restrição imposta por meio dos sufrágios restritivos e censitários que por anos vigoraram.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; Pós-Graduada em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG, em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito de São Paulo – EPD, em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Mato Grosso – IFMT, e em Docência em Ensino Superior pelas Faculdades Integradas de Diamantino – FID; Izabelle_epifanio@hotmail.com

² Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC-CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos/Fundamentais e Teorias da Justiça. ORCID: 0000-0002-1852-4983.



No entanto, em que pese a legislação hodierna estabeleça que a igualdade política é direito de todos, isso se faz presente apenas no campo hipotético da letra da lei, ao passo que na esteira da realidade, a igualdade material nos espaços de representação eleitoral não insere, pelo contrário, segrega os grupos minoritários, onde se encontram as mulheres.

Nesse sentido, os movimentos sufragistas femininos que capitanearam a intensa luta pelo direito ao voto feminino no Brasil a partir da década de 1910 deram início à participação feminina nos espaços públicos de poder, entretanto, a igualdade de gênero ainda está longe de ser experimentada.

Há que se ressaltar a inexistência de homogeneidade na esfera eleitoral, primeiro porque faz menos de noventa anos que tal direito foi propiciado, segundo, porque quando se assegurou o direito ao voto das mulheres, isto não foi feito de forma irrestrita, sendo permitido apenas para um grupo específico de mulheres, abastadas, e pertencentes a uma esfera socioeconômico importante na sociedade da época.

E terceiro, mas não menos importante, porque apesar de posteriormente garantir-se por meio de lei direito de participação política à todas as mulheres, as esferas públicas ainda falham ao não implementar políticas públicas eficientes que possibilitem não apenas candidaturas femininas, mas representação política com mandato eletivo no cenário político brasileiro.

Desse modo, este artigo pretende a analisar a necessidade de políticas públicas a serem promovidas pelo Estado, firmadas em ações afirmativas que possibilitem o acesso a participação feminina na política, por meio de cotas que afigurem mandatos eletivos, a fim de que se coíba a discriminação de gênero, e se estabeleça representatividade àquelas que por muitos anos foram desconsideradas como seres políticos.

Para isso, subdividiu-se a pesquisa em três tópicos, o primeiro deles irá tratar acerca do contexto histórico das sufragistas. O segundo tópico pretende tratar de como as ações afirmativas brasileiras objetivaram estabelecer a participação da mulher na política. E, por fim, o terceiro tópico analisará como as políticas públicas estabelecidas pelo Estado tem resultado em representação eletiva feminina.

Para a compreensão do tema, buscar-se-á investigá-lo por meio de pesquisa bibliográfica, com o uso de referências teóricas, como livros, artigos científicos, a



fim de se realizar uma pesquisa pura, de natureza exploratória, e de abordagem qualitativa.

Destaca-se ainda que, o estudo ora apresentado balizou seu entendimento preferencialmente em referências bibliográficas femininas, a exceção de alguns textos, que abordam conceitos históricos e essenciais para a pesquisa.

2 AS SUFRAGISTAS E A CONQUISTA AO DIREITO AO VOTO DAS MULHERES

Hoje, no sistema político brasileiro todos podem votar, e também serem votados, homens e mulheres, índios, jovens, idosos, negros, brancos, ricos, pobres, homossexuais, transexuais usam seus nomes sociais, comparecem a uma sessão eleitoral, digitam um número na urna eletrônica, e exercem seu dever, o direito ao voto, mas nem sempre foi tão simples assim, até porque este ato de cidadania já foi considerado um privilégio de poucos.

Há menos de um século atrás os direitos políticos pertenciam aos homens, brancos, intelectualizados, cuja condição financeira era considerada expressiva. A não inclusão das mulheres no cenário político sempre foi baseada na questão de sexo, e sequer poderiam ser comparadas aos homens, isto porque, a elas sempre coube assegurar a educação dos filhos, o conforto do lar, a possibilidade de exercer (algumas) profissões, sob a tutela e a submissão à proteção concedida por seus maridos, sendo este o espaço concedido ao gênero feminino, o local privado, já que os espaços públicos de fala e de poder pertenciam aos homens.

A Constituição brasileira de 1891, estabeleceu em seu artigo 70 que detinha a prerrogativa de ser eleitor o cidadão maior de 21 anos alfabetizado, não havendo qualquer menção no texto da época ao termo homem, ou ao sexo masculino, mas restou objetivamente claro a todos os brasileiros que tal direito pertencia apenas aos cidadãos homens (BRASIL, 1891).

E a mulher não foi citada no texto da então Constituição, tampouco se prescreveu limites, simplesmente se excluiu, pois, de modo geral, não se reconhecia sua existência (PINTO, 2010).

Com o passar do tempo, no final do século XIX, começaram a surgir manifestações contrárias a esta não inclusão das mulheres como seres dotados de cidadania política, objetivando direitos igualitários, e a pauta do voto feminino



passou a ser o carro-chefe do movimento, sendo considerado como o propulsor das mudanças para se alcançar a igualdade de gênero (KARAWEJCZYK, 2014).

No Brasil, o grupo com maior notoriedade de mulheres que se uniu em manifestações para requerer direitos, foram as denominadas feministas liberais, pertencentes a classe média e alta, na época inspiradas pelas noções de Estado e Democracia, fomentadas pela Revolução Francesa, reivindicando que os direitos da denominada Carta de Declaração dos Direitos do Homem, fossem aplicáveis a ambos os gêneros. A principal demanda era acerca da extensão do sufrágio para mulheres, o que as fez serem denominadas de sufragistas (COELHO; BAPTISTA, 2009).

O primeiro estado brasileiro a permitir o direito ao voto feminino foi nordestino. O Rio Grande do Norte entrou para a história ao promulgar a Lei Estadual nº 660, de 25 de outubro de 1927, estabelecendo a não distinção de sexo para o exercício de voto, o que possibilitou que a professora Celina Guimarães fosse a primeira eleitora mulher da América Latina, aos 29 anos de idade (TSE, 2020a).

Em que pese a concessão do estado potiguar para que mulheres votassem e se candidatassem, a nível nacional ainda havia a resistência por parte de outros estados, que debatiam intensamente a possibilidade de se permitir que os direitos políticos fossem concedidos a todos, sem distinção de gênero.

A luta pelo sufrágio feminino no país tinha na liderança o nome mais respeitado e conhecido deste movimento, Bertha Lutz, bióloga, importante cientista, que foi para o exterior estudar, e ao retornar para o país em 1910 iniciou a luta pelo voto feminino, sendo uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino – FBPF. A Campanha pública pelo sufrágio feminino rendeu frutos, e em 24 de fevereiro de 1932, quando houve a promulgação do Código Eleitoral Brasileiro, foi garantido o direito ao voto das mulheres acima de 21 anos (PINTO, 2010).

Destaca-se que apesar do reconhecimento dos esforços e contribuições obtidas a partir da organização de Bertha Lutz, a pioneira na busca dos direitos ao voto no âmbito brasileiro tem outro nome não tão conhecido, mas não menos importante, Leolinda de Figueiredo Daltro, que em 1910 criou o Partido Republicano Feminista, mas não teve a mesma acolhida de Bertha, e foi tida como “suffragette” precursora de um “mau feminismo” (KARAWEJCZYK, 2013).



Leolinda foi uma professora, baiana, e indigenista, que desafiou a exclusão imposta às mulheres na participação política, criando, em 1910, o Partido Republicano Feminino, que tinha, dentre seus objetivos, a extinção de “toda e qualquer exploração relativa ao sexo” no Brasil (TSE, 2020b)

O termo “suffragette” não era visto com bons olhos, pois remetia às sufragistas inglesas, que na luta por direitos igualitários, eram tidas como vândalas, e todo ato radical e violento em Londres na época era creditado a elas (KARAWAJCZYK, 2013).

Apesar disso, após o Código Eleitoral Brasileiro de 1932 preceituar o sufrágio feminino, a Constituição Brasileira de 1934 balizou tal direito ao dispor no texto constitucional que eram eleitores os maiores de 18 anos de um e de outro sexo, no entanto, somente era obrigatório o alistamento e o voto para as mulheres que cumprissem a condição de exercer cargo público remunerado, para as demais mulheres alfabetizadas era facultativo (BRASIL, 1934).

Apenas em 1965 com a edição de um novo Código Eleitoral é que foi garantido o sufrágio feminino, razão de luta incessante de mais de seis décadas, despido de restrições, mas ainda prevendo que os analfabetos não gozavam de tal prerrogativa, e somente com o advento da Magna Carta de 1988 é que foi facultado aos analfabetos a possibilidade de votarem, exercendo o direito de cidadania, e se estabelecendo aquilo que conhecemos hoje por sufrágio universal.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA IMPULSIONAR A REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA

Ações afirmativas são políticas públicas realizadas pelo Estado, ou ainda, pela iniciativa privada, cujo condão é assegurar medidas a certos grupos vitimados por exclusões sociais, a fim de que desigualdades histórico-sociais, culturais e econômicas sejam reparadas em todas as esferas da sociedade.

Segundo os estudiosos, o termo foi empregado pela primeira vez pelo então presidente americano Lyndon Johnson na Howard University, em 1965, e a partir daí passou a significar instrumentos de favorecimento às minorias socialmente inferiorizadas e juridicamente desiguadas por preconceitos histórica e culturalmente fixados (HAAS; LINHARES, 2012).



O cenário da representatividade feminina na política faz parte de um contexto muito recente, isto porque, fazem oitenta e nove anos que foi garantido o direito ao sufrágio feminino, no entanto, os homens já votavam no Brasil Colônia, e desde 1824 a Constituição assegurou a eles tal prerrogativa, ainda que de modo não expresso, mas implícito, vez que era algo inerente àquela sociedade (BRASIL, 1824).

Assim, por séculos a discriminação se manteve de forma velada, tal qual a previsão dada pela Constituição de 1946 dispondo que o alistamento e o voto eram obrigatórios para os brasileiros de ambos os casos, salvo as exceções previstas em lei, e tal ressalva garantia que a lei ordinária que regulou as eleições para a Constituinte, e o Código de 1950 estabelecessem que não poderiam se alistar as mulheres que não exercessem profissão lucrativa, prorrogando-se a exclusão das mulheres no ambiente político (LIMONGI; OLIVEIRA; SCHMITT, 2019).

A trajetória das mulheres nos espaços de cunho político perpassa pelo papel histórico de que a prioridade do domínio do local privado era própria do feminino, o que fez com que por anos as mulheres ficassem distantes tanto da discussão como da atuação social e política, no entanto, com o passar dos tempos, elas foram conquistando espaços, e também representação, mas de modo inexpressivo (COELHO; BAPTISTA, 2009).

Embora o alistamento e o direito ao voto tenham sido conquistados na década de sessenta, a cidadania das mulheres continuou sendo comprometida em razão da hierarquia de gênero, estando em posição desigual, possuindo sub-representação política, bem como inexistindo meios de incentivo para que desempenhassem uma participação no poderio dos espaços públicos até então permeados apenas pelas figuras masculinas.

Em 1979, no âmbito internacional realizou-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, da sigla em inglês), que dentre as diversas pautas antidiscriminatórias, pontuou acerca da participação de mulheres nos espaços públicos, estabelecendo que seus signatários deveriam empreender esforços para que as mulheres possuam direito de votar, serem eleitas e ocupar cargos políticos. O Brasil aderiu ao documento em 1981, mas, somente o ratificou, com reservas, em 1984, ato que efetivamente faz com que o país se torne um signatário. No entanto, apenas em 1994 é que as “reservas”, que versavam acerca da igualdade entre homens e



mulheres na esfera familiar foram retiradas por meio do Decreto Legislativo n. 26 de 1994 (PRA, 2014).

No ano seguinte, em 1995, esse tema foi discutido na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, promovida pela Organizações das Nações Unidas – ONU, em Beijing, na China, onde se recomendou a adoção de cotas mínimas de mulheres nos cargos públicos, eletivos ou não, inclusive no Poder Judiciário (JUREMA, 2001). E no mesmo ano, foi aprovada no Brasil a lei 9.100, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, cujo teor estabeleceu que os partidos políticos e coligações deveriam adotar o mínimo de 20% de candidaturas femininas dentro das suas chapas proporcionais já para as eleições municipais de 1996 (BRASIL, 1996).

Em 1996 iniciou-se no país a Campanha “mulheres sem medo do poder”, encabeçada pela bancada feminina do Congresso Nacional, contando com o apoio de diversos movimentos sociais, e já em 1997 a lei 9.504, chamada Lei das Eleições, foi aprovada, para ser adotada no âmbito municipal, estadual e federal, estabelecendo o mínimo de 25% de reserva de candidaturas de cada sexo nas chapas proporcionais já nas eleições de 1998, e elevado para 30% a partir das eleições municipais de 2000 (BRASIL, 1997).

Como a lei 9.504/1995 previa a reserva de candidaturas, e tal expressão possuía caráter de recomendação, e não de obrigatoriedade, inexistindo sanções ao não cumprimento, a Lei 12.034/2009, alterou a redação, passando a exigir que os partidos políticos efetivamente preenchessem as candidaturas de cada sexo na proporção definida pelo texto legal (QUINTELA; DIAS, 2016).

Outras medidas também foram inseridas com a Lei 12.034, como o estabelecimento de um percentual mínimo de 10% para o tempo de propaganda partidária, que deveria ser direcionado a mulheres, bem como a destinação de 5% dos recursos do fundo partidário em criar e manter medidas para promover e difundir a participação feminina na política (BRASIL, 2009).

Recentemente, em 2015, a Lei 13.165, tida como minirreforma eleitoral, definiu que deveria haver destinação específica na proporção mínima de 5% e máxima de 15% dos recursos do fundo partidário às candidaturas femininas, e o Supremo Tribunal Federal, em 2018 considerou tal preceito inconstitucional, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, estabelecendo que a distribuição deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos (STF, 2018).



Na sequência, o Tribunal Superior Eleitoral, também decidiu que os partidos deveriam garantir ao menos 30% do Fundo Especial Eleitoral de Financiamento de Campanha – FEFC, e do tempo de propaganda gratuita para as candidaturas de mulheres, cuja finalidade é incentivar e difundir a participação das mulheres nas eleições (TSE, 2019).

Nesse sentido, verifica-se que a legislação eleitoral brasileira nos últimos vinte e cinco anos teve um nítido propósito de reduzir a desigualdade entre os gêneros na esfera política, inclusive com a Lei 13.165/2015, que previu que o Tribunal Superior Eleitoral, nos anos eleitorais, promoverá pelo menos cinco minutos de propaganda institucional diária para incentivar a participação feminina na política (QUINTELA; DIAS, 2016).

Essas ações afirmativas de incentivo à participação política feminina foram meios que o Estado encontrou para reduzir a desigualdade material que assola a sociedade há séculos, bem como incentivar as mulheres a assumirem os espaços públicos, vez que são maioria da população, e também a maioria do eleitorado brasileiro, no entanto, tais dispositivos tem se mostrado insuficientes para incluir as mulheres nas esferas de decisão.

4 A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS ELEIÇÕES E O EFEITO DA LEI DE COTAS

Apesar de muito se falar em cotas de candidaturas femininas, o que o texto legal prevê especificamente são percentuais de reserva de no mínimo 30%, e no máximo 70% de “candidaturas de cada sexo”, ou seja, são ações afirmativas de gênero, em que pese o homem nunca tenha sido discriminado em sua participação política, o que por si só, já seria motivo suficiente para que ele não fizesse jus a tal benefício.

E apesar dessas políticas de ações afirmativas objetivando impulsionar a participação de mulheres na política, a sub-representação feminina ainda é tão inexpressiva, que nos anos 2000 as mulheres já representavam a maioria da população brasileira, no entanto, as parlamentares mulheres não alcançavam 10% na Câmara de Deputados Federais.

Vinte e um anos se passaram, e na atual Legislatura, são 77 o número de Deputadas Federais, totalizando 15% dos 513 Deputados eleitos, e em três



Estados da Federação, nenhuma mulher foi eleita, razão pela qual verifica-se que a previsão de cotas atuais não tem resultado em representação efetiva, e um dos motivos, sem dúvida, é a falta de sanções por parte da Justiça Eleitoral, que por diversas vezes deixa de aplicar multa aos partidos, sob o fundamento de que não se pode obrigar as mulheres a participar do contexto político, e também há a urgente necessidade de legislação que estabeleça reservas de cadeiras no parlamento, a fim de que a exclusão histórica imposta às mulheres possa começar a efetivamente ser diminuída.

No Senado esse número é ainda menor, em 2018 apenas 7 senadoras foram eleitas, o que resultou em uma legislatura no ano de 2019 de apenas 12 cadeiras exercidas por mulheres dentre as 81 disponíveis.

É importantíssimo que o Estado passe a tratar das questões eleitorais sob a perspectiva de gênero com o condão de minimizar a despolitização. Isso porque o que está em jogo não é a exclusão ou inclusão das mulheres, mas sim uma dimensão estruturante das relações de poder nas diferentes esferas da vida, constitutiva das instituições e dos valores políticos (BIROLI, 2017).

Não se pode negar o avanço histórico-político que as cotas eleitorais promoveram, entretanto, apesar de resultar em um aumento mínimo nos mandatos eletivos, as mudanças significativas nas bancadas parlamentares brasileiras não ocorreram, por que não se ampliaram os caminhos para a vitória eleitoral das mulheres.

As candidatas ainda precisam, em um primeiro momento, ganhar o apoio do partido político, que é norteador por uma maioria expressiva de homens que discordam desta política afirmativa, e em um segundo momento, do eleitor. Em razão disso, a atual política de cotas brasileira não funciona como ação afirmativa de fato, uma vez que não equivale a uma medida compensatória, nem está sendo capaz de distribuir oportunidades para as mulheres (MARTINS. 2007).

A Magna Carta Brasileira cunhou o princípio constitucional da igualdade como direito fundamental em seu art. 5º, caput, Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais e assim, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

E não obstante o fato de que a garantia da igualdade esteja formalmente assegurada na Constituição Federal, muitos são deixados à margem da convivência social e da experiência de participação numa sociedade democrática,



e no caso específico das mulheres ante a participação eleitoral desigualitária, não basta que o Estado se abstenha de discriminar ou de tratar desigualmente (HAAS; LINHARES, 2012), mas é necessário que atue positivamente no sentido de reduzir essas desigualdades políticas, e a utilização de ações afirmativas que promovam a inclusão das minorias são medidas compensatórias de enfrentamento às discriminações históricas.

Assim, a política pública de cotas eleitorais, como método de se estabelecer igualdade material precisa se dirigir àquelas que foram excluídas por séculos do contexto político-democrático, ou seja, às mulheres, e não como são previstas hoje na legislação, como sendo “de gênero”.

Nas últimas eleições municipais, que ocorreram em 2020, as mulheres somavam mais de 52,5% do eleitorado, e também mais de 51,8% da população brasileira, e foi a primeira eleição também em que não se permitiu coligações partidárias para o legislativo, assim, cada partido precisava atender individualmente a lei de cotas.

O número de candidatas tem aumentado timidamente, em 2012 foram 31,5% de candidaturas femininas, em 2016, correspondeu a 31,9%, e em 2020 representaram um total de 33,48%, ainda dentro da margem de cotas de gênero estabelecidos pela lei (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

No entanto, foram 655 prefeitas eleitas em 2020, contra 4.782 prefeitos homens, ou seja, a proporção de mulheres no comando do Executivo Municipal equivale a 12,04%, um aumento de menos de 0,5% se comparado as eleições de 2016 (TSE, 2020a).

Para as Câmaras Municipais, nas eleições de 2020 as candidaturas femininas alcançaram 16% das vagas, contra mais de 48 mil vereadores eleitos, um resultado muito aquém do esperado, e, mais, que não transparece a realidade brasileira formada em sua maioria por mulheres.

Os resultados eleitorais das cotas obtidos até o momento demonstram que as cotas encorajaram muitas mulheres a se candidatarem, saírem do espaço privado que, segundo a sociedade lhes competia desde o nascimento, e passaram a adentrar os espaços públicos, de poder e tomada de decisões, mas em termos de números, os efeitos dessas ações afirmativas ainda não impactaram o ambiente político do país.



Em termos de representatividade feminina, os mecanismos de acesso ao mandato político no sistema eleitoral atual precisam sofrer mudanças significativas para que os índices de participação de mulheres efetivamente representem a realidade do quadro de cidadãos brasileiros, em sua maioria composta pelo gênero feminino.

5 CONCLUSÃO

As políticas públicas de estabelecimento de ações afirmativas eleitorais incentivam o processo de mudança na igualdade material política brasileira, mas essa transformação tem sido lenta e difícil.

Pode-se concluir que, apesar da acessibilidade garantida pela legislação nas últimas décadas, a paridade de gênero eleitoral, manifestada pela inserção das mulheres nos cargos públicos encontra resistência, falta de apoio, e inúmeras dificuldades para se concretizar.

É necessário que, além da igualdade de acesso, e da igualdade de oportunidades ofertada por meio da política de cotas, as mulheres também encontrem igualdade de resultados a fim de que sua participação e representação no contexto político eleitoral possa ocorrer de modo a compensar a discriminação e exclusão estrutural historicamente sofridas pelo gênero feminino.

Para que esse contexto seja transformado com maior velocidade é preciso também a edição de medidas mais incisivas, com leis definindo regulações a serem seguidas pelos partidos políticos, tanto no preenchimento do percentual mínimo estipulado para os registros de candidaturas, quanto na reserva específica de cadeiras nos legislativos municipais, estaduais e federais.

Um modelo democrático plural, que insere as minorias, necessita de um poder legislativo com um olhar interseccional, que reconhece as diferenças de gênero, as discriminações históricas, e assume posições aptas a efetivamente incentivar uma participação política paritária.

Basta verificar os percentuais de composição no Congresso Nacional para se chegar à conclusão de que há um caminho longo a ser percorrido para a equiparação de gênero na política, e também na mudança cultural onde o patriarcalismo vigora há décadas, e é cercada pelo sexismo.



A arena política, formada quase que exclusivamente pelo sexo masculino pode ser transformada com educação, políticas públicas eficientes, e com uma legislação que contemple as diferenças, aperfeiçoe o sistema eleitoral, e provoque mudanças que subsidiem a representação feminina no âmbito eleitoral brasileiro, e sem dúvida, o estabelecimento de cotas em vagas parlamentares certamente teria efeito na estrutura social vigente.

REFERÊNCIAS

BIROLI, F. Teorias feministas da política, empiria e normatividade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 102, p. 173-210, dez. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102W-64452017000300173&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 6 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995**. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.



BRASIL. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.034 de 29 de setembro de 2009.** Altera as leis 9.096, de 19 de setembro de 1995, Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Número de mulheres candidatas aumenta em razão da cota, mas ainda é desproporcional.** Câmara dos Deputados, Brasília, 13 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/703558-numero-de-mulheres-candidatas-aumenta-em-razao-da-cota-mas-ainda-e-desproporcional/>. Acesso em: 15 jan. 2021.

COELHO, L. M.; BAPTISTA, M. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 85-99, jun. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2009000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 jan. 2021.

HAAS, C. M.; LINHARES, M. Políticas públicas de ações afirmativas para ingresso na educação superior se justificam no Brasil? **Rev. Bras. Estud. Pedagog.**, Brasília, v. 93, n. 235, p. 836-863, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812012000400015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jan. 2021.

JUREMA, S. B. Ações e estratégias do CNDM para o “empoderamento” das mulheres. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 207-212, 2001. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jan. 2021.



KARAWAJCZYK, M. **As filhas de Eva querem votar:** dos primórdios da questão à conquista do sufrágio feminino no Brasil (c. 1850-1932). Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, Programa de Pós-Graduação em História, Porto Alegre-RS, 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/72742>. Acesso em: 6 jan. 2021.

KARAWAJCZYK, M. Os primórdios do movimento sufragista no Brasil: o feminismo pátrio de Leolinda Figueiredo Daltro (1933-1935). **Estudos Ibero-Americanos**, PUC-RS, Porto Alegre, v. 40, n. 1, p. 64-84, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3609>. Acesso em: 6 jan. 2021.

LIMONGI, F.; OLIVEIRA, J. de S.; SCHMITT, S. T. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 27, n. 70, e003, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782019000200212&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 jan. 2021.

MARTINS, E. V. **A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados**, Brasília, 2007. Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo do programa de Pós-graduação do Cefor. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/343/politica_cotas_martins.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 14 jan. 2021.

PINTO, C. R. J. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 6 jan. 2021.

PRA, J. R. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Pagu**, Campinas, n. 43, p. 169-196, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200169&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 jan. 2021.



QUINTELA, D. F.; DIAS, J. C. Participação política das mulheres no Brasil: das cotas nas candidaturas à efetiva paridade na representação. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/1105>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 15 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485>. Acesso em: 5 jan. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Campanha participa mulher**. 2020a. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/#estatisticas>. Acesso em: 6 jan. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Cota de 30% para mulheres deverá ser cumprida por cada partido em 2020**. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 8 de março de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/cota-de-30-para-mulheres-nas-eleicoes-proporcionais-devera-ser-cumprida-por-cada-partido-em-2020>. Acesso em: 14 jan. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). **Portfólio: a construção da voz feminina na cidadania**. exposição virtual. 2020b. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/participa-mulher/arquivos/portfolio-exposicao-a-construcao-da-voz-feminina-na-cidadania-TSE.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2021.

REFLEXÕES SOBRE O TRABALHO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS



César Albenes de Mendonça Cruz¹

1 INTRODUÇÃO

O trabalho assalariado como relação social fundamental na sociedade capitalista é um direito humano fundamental, pois é através dele que os demais direitos podem subsistir; e sem ele o ser humano está condenado a viver uma vida cheia de privações, colocando em risco seu direito humano mais precioso, que é a sua vida. Na história da sociedade capitalista, passamos por três fases onde as relações de trabalho passaram por transformações acompanhando os processos das chamadas revoluções industriais. Segundo autores como Ricardo Antunes (1997, 1999)² e Giovanni Alves (2000), estudiosos dessas transformações no mundo e no Brasil, durante a primeira revolução industrial os trabalhadores não contaram com nenhuma proteção por parte do Estado, e conquistaram algumas melhorias no salário, nas suas condições de trabalho e na proteção de sua saúde com muita luta, através de greves e mobilizações; numa negociação direta com os capitalistas. Levou muito tempo para que conseguissem o reconhecimento de seus direitos por parte dos seus patrões e dos governos do estado capitalista, o que só ocorreu no final do século XIX. Mas essas conquistas vieram e foram se ampliando, à medida em que o sistema capitalista ia se transformando na sua base técnica e tecnológica, tomando conta do mundo. No período da chamada segunda revolução industrial, baseada no modelo industrial americano do taylorismo-fordismo, já no início XX; os trabalhadores vão avançar nas suas

¹ Graduado em Filosofia e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutor em Serviço Social pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Pós-Doutor em Política Social pela UFES. Professor do Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local da Escola de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória/ES (EMESCAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV); cesar.cruz@fdv.br

² Para um aprofundamento nos vários modelos produtivos adotados pelo capitalismo ao longo do seu desenvolvimento, sugerimos a leitura de autores que se colocam no campo da crítica social. Entre eles podemos apontar: Cf. Birh (1998), Chesnais (1996, 1998), Harvey (1992) e Mattoso (1995).



conquistas sociais, políticas e econômicas e vão ter o reconhecimento dos governos do Estado capitalista (na Europa haverá a instituição do Estado de Bem-Estar Social/Well Fare State), o que dará origem nas chamadas políticas públicas. Isso vai se ampliando vagarosamente pelo mundo, principalmente após a segunda guerra mundial, com o processo de industrialização dos países periféricos como o Brasil, e com a criação da Organização das Nações Unidas que vai fiscalizar o desenvolvimento dos países, incentivando a construção de políticas públicas e leis de proteção, inclusive para os trabalhadores. Neste período é que teremos no Brasil nosso processo tardio de industrialização, e formação das principais políticas públicas que temos até hoje. No entanto, a partir dos anos de 1970/80 no mundo, e dos anos de 1990 no Brasil, temos a terceira revolução industrial baseado no modelo japonês, o toyotismo, que casa as novas tecnologias da informática e da micro-eletrônica com as máquinas ferramentas, e com a mudança na gestão da força de trabalho com as políticas de qualidade total nas linhas de produção. No plano do Estado, teremos a destruição do Estado de Bem-Estar Social no mundo e a desconstrução do Estado Populista de Vargas no Brasil, com a deterioração das políticas públicas que protegiam de certa forma os trabalhadores com alguns direitos. A partir daí, teremos uma sequência de governos que vão dilapidando o patrimônio público através dos processos de privatização e flexibilizando nossa legislação, principalmente a legislação trabalhista, para facilitar o aumento da exploração dos trabalhadores brasileiros. A contradição brasileira é que as lutas sociais do povo brasileiro ajudaram a construir a Constituição Federal de 1988, a mais avançada de nossa história após a ditadura militar, mas em seguida foram eleitos governos neoliberais que fizeram de tudo para acabar com o legado da Era Vargas. Os presidentes Fernando Collor, Itamar Franco e principalmente Fernando Henrique Cardoso foram os responsáveis pela destruição do país na década de 1990. Quando Lula assume em 2002, ele já pega um país em frangalhos; mas contando com o crescimento da economia internacional que favoreceu a economia nacional, implementou a pauta social da Constituição Federal de 1988. Com a crise internacional de 2008 que estourou no governo de Dilma Roussef, o crescimento do Brasil ficou prejudicado e a pauta social começou a sofrer cortes. Após o impeachment da Presidente, seu vice assume reatualizando a pauta neoliberal e cortando investimentos nas políticas públicas, efetivando a contra-reforma trabalhista e preparando a contra-reforma da previdência, que o atual presidente



efetivou. Portanto, pautas regressivas que estão promovendo a destruição das políticas públicas construídas com muito esforço pelos trabalhadores e pelo povo brasileiro.

Para entendermos esse e outros processos que ainda estão ocorrendo no mundo e no Brasil conjuntamente, precisamos compreender a estrutura da sociedade do capital que está no fundamento dessas sociedades. E para isso vamos recorrer a autores que estudaram a fundo a sociedade do capital e que nos mostraram que é possível mudarmos essa forma social. Vamos então fazer uma reflexão sobre a “categoria trabalho” mostrando que ela é uma chave de interpretação fundamental para a compreensão da história humana. A seguir, discutiremos a “crítica da economia política clássica inglesa – sobre a teoria do valor-trabalho”, onde mostraremos a forma da produção da riqueza social e a forma da apropriação privada burguesa. Por fim apresentaremos as “implicações da teoria do valor-trabalho para classe trabalhadora” que foram fundamentais para que estes se percebessem como classe trabalhadora e lutassem por direitos fundamentais, direitos políticos, sociais, e econômicos, ou seja; por políticas públicas.

2 A CATEGORIA TRABALHO

A categoria trabalho mais do que designar apenas a atividade fundamental para a sobrevivência humana na sociedade capitalista; é muito mais do que isso, é a atividade social e coletiva de construção da riqueza social, pois tudo o que existe produzido pela mão humana é fruto trabalho.

Os valores de uso casaco, linho, etc., enfim, os corpos das mercadorias, são ligações de dois elementos, matéria fornecida pela natureza e trabalho. Subtraindo-se a soma total de todos os trabalhos úteis contidos no casaco, linho, etc., resta sempre um substrato material que existe sem ação adicional do homem, fornecido pela natureza. Ao produzir, o homem só pode proceder como a própria natureza, isto é, apenas mudando as formas das matérias. Nesse trabalho de formação ele é constantemente amparado por forças naturais. Portanto, o trabalho não é a única fonte dos valores de uso que produz, da riqueza material. Dela o trabalho é o pai, como diz William Petty, e a terra a mãe (MARX, 1985, p. 50-51).



As fontes da riqueza social para Marx são a natureza e o trabalho, portanto estes são os dois elementos fundamentais da riqueza em qualquer forma social. Friedrich Engels em um dos seus textos iniciais, intitulado “O Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem”, fortemente influenciado pela perspectiva evolucionista de Charles Darwin; faz uma análise antropológica extraordinária do papel do trabalho no processo histórico de humanização desse ser, que evoluiu de uma determinada espécie de macaco. O texto mostra que desde a passagem deste ser simiesco à posição ereta, com a liberação das suas mãos e a luta por sua sobrevivência, da combinação das atividades sociais do seu agrupamento, da sua mudança alimentar de herbívoro para carnívoro, da domesticação de animais e da descoberta da agricultura, da passagem do nomadismo para a permanência num determinado território e sempre a beira de algum grande rio, até a constituição das grandes civilizações e toda evolução posterior até nossos dias; tudo isso só foi possível pelo trabalho, e por tudo o que o trabalho construiu, ou seja, pelo trabalho social combinado. Desde a primeira lança jogada contra um animal ameaçador, passando pelo desenvolvimento do arco e da flecha, do machado de pedra ao machado de bronze, do domínio do ferro e das ferramentas construídas a partir dele, até a construção das máquinas da era moderna capitalista; tudo só foi possível pelo trabalho. Aliás tudo isso é trabalho social combinado, materializado nestes produtos do trabalho humano. Portanto, a categoria trabalho é a chave para nosso entendimento da evolução humana e das transformações sociais ao longo da história.

Os autores liberais da economia política inglesa, como Adam Smith e David Ricardo vão teorizar sobre o trabalho assalariado e mostrar como é a combinação do trabalho social que cria a riqueza das nações. Adam Smith nos mostra que é o trabalho que cria a riqueza das nações, e não a acumulação de ouro e prata como admitiam outros autores que lhe foram contemporâneos. Por isso a Inglaterra será a primeira nação industrializada pela manufatura da produção de tecidos, a defender o trabalho assalariado, como trabalho livre; ao contrário do trabalho escravo, que ainda era defendidos e utilizado por outras nações européias, como Portugal e Espanha em suas colônias no novo mundo. O trabalho assalariado é colocado como o resultado de uma troca entre equivalentes, entre o interesse do capitalista e do trabalhador. Ao capitalista interessa a produção de sua mercadoria,



e ao trabalhador interessa o seu salário. Enquanto o capitalista emprega este trabalhador por uma carga horária diária de trabalho, neste tempo o trabalhador lhe produz uma quantidade de mercadorias. Ao trabalhador interessa obter ao final de seu trabalho diário, semanal ou mensal o seu salário. Aparentemente parece se tratar de uma troca justa, uma troca de uma quantidade de tempo de trabalho por uma quantia X de salário. Ao capitalista, além da produção de mercadorias produzidas pelos trabalhadores por ele empregados em sua fábrica, interessa também que estes trabalhadores comprem essas mercadorias, ou seja, consomem os produtos que eles mesmos produzem. O capitalista ganharia duas vezes, pois os trabalhadores produzem, e com o salário que recebem também podem consumir essas mesmas mercadorias. Em outras palavras, parte do que os capitalistas desembolsam na forma de salários, retornam a eles na medida em que seus trabalhadores também são os consumidores destas mesmas mercadorias.

E o trabalhador por sua vez também obtém vantagens nessa troca, pois troca horas de trabalho por salário, e com o dinheiro do seu salário poderá comprar aquilo que ele e sua família precisam, para continuar a viver na sociedade capitalista. Ele se ocupa no trabalho, e seu trabalho lhe fornece uma quantia em dinheiro, que é o seu salário, para que ele e sua família possam comprar as mercadorias que precisam para sobreviver, do alimento aos diversos produtos necessários ou supérfluos que os capitalistas irão produzir.

Em linhas gerais, na visão liberal de Adam Smith e David Ricardo, essa forma de funcionamento da sociedade capitalista seria benéfica para todos os agentes econômicos, tanto ao capital personificado na figura do capitalista, quanto ao trabalho personificado na figura do trabalhador. Em outras palavras, tudo deveria correr naturalmente, como se houvesse uma lei natural no funcionamento da sociedade capitalista, a sociedade do mercado. Daí a idéia fundamental do pensar liberal, de que há uma “mão invisível do mercado”, que deve regular a vida da sociedade burguesa. Nesse sentido, o Estado não deveria intervir para regular, criar leis ou proteger a sociedade e os trabalhadores dos abusos dos capitalistas. Para os liberais e neoliberais, tudo o que atrapalha as leis naturais do mercado, isto é, seu bom funcionamento, deve ser abominado, principalmente o Estado quando este impõe limites à voracidade de lucros dos capitalistas. Pelo contrário, na ótica liberal e neoliberal, o Estado deve zelar pelo bom funcionamento do mercado, afastando tudo aquilo que pode atrapalhar a acumulação do capital.



O mercado passa a constituir assim a base real, a partir de onde se fundam todas as relações jurídicas, políticas e sociais. Nesse contexto, portanto, “as relações sociais nada mais são do que expressões de relações mercantis” (TEIXEIRA, 1995, p. 58).

Mas como o pensamento liberal não admite a contradição, coube a Karl Marx e Frederick Engels (2005) fazerem a crítica da economia política clássica inglesa, principalmente às teorias de Adam Smith e David Ricardo; e a nos mostrarem as contradições do pensamento liberal desses autores ingleses.

3 A CRÍTICA DA ECONOMIA POLÍTICA CLÁSSICA INGLESA – SOBRE A TEORIA DO VALOR-TRABALHO

A crítica da economia política inglesa está detalhada na grande obra de Karl Marx, *O Capital*, fruto de uma vida inteira de dedicação, de pesquisa e de estruturação. Tanto que o autor só viu o primeiro volume impresso em vida, e os dois volumes seguintes foram publicados postumamente; graças ao esforço de Engels e das filhas de Marx que organizaram os dois volumes seguintes, a partir da organização dos escritos deixados por ele.

Marx, já no capítulo 1, do Livro 1 de *O Capital*, no texto sobre a Mercadoria, já nos vai mostrar que a troca entre as mercadorias só pode ocorrer se houver um equivalente que iguale o valor dessas mercadorias. Só podemos trocar mercadorias de igual valor. Essa é a lei social que regula a troca entre as mercadorias, e se em alguma troca essa lei não for obedecida é por fatores causados por agentes externos a própria troca, o que é possível acontecer, principalmente pela intervenção do Estado.

Para fazer a crítica a essa suposta troca justa entre o salário e a jornada de trabalho, portanto ao contrato de trabalho estabelecido entre o capitalista e o trabalhador, Marx parte da pergunta sobre o que é a mercadoria e o que dá valor às mercadorias.

A mercadoria, segundo Marx, é tudo o que é produzido para ser vendido, tendo por objetivo obter mais dinheiro ao final, do que se gastou para produzi-la. O foco principal de quem produz a mercadoria é a venda no mercado, portanto a troca, pois compra e venda nada mais é do que a troca. Portanto a sociedade é o mundo das trocas entre as mercadorias, sendo que a sociedade capitalista é o



momento mais desenvolvido desse processo, onde a própria força de trabalho, ou a capacidade de trabalhar do trabalhador vira mercadoria e tudo vira mercadoria, seja aquilo que satisfaça o estômago ou a fantasia. A sociedade do capital é o momento histórico em que a mercantilização atinge todas as esferas da vida e, portanto, tudo pode ser comprado e vendido.

Mas poderíamos pensar naquele trabalhador que produz apenas para sua subsistência, como o trabalhador do campo que tem uma horta da qual ele colhe alface, couve e outras verduras para a manutenção de sua família. Ele estaria produzindo mercadorias? Seria ele um capitalista? Claro que não. Primeiro que ele produz para si e para sua família e não para o mercado, e nesse sentido o que ele produz é produto do seu trabalho, mas não é mercadoria. E em segundo lugar ele não coloca outras pessoas para trabalhar para ele, e não as explora no sentido de ganhar dinheiro sobre o trabalho delas, que é a característica fundamental da produção capitalista. Em outras palavras, toda mercadoria produzida é produto do trabalho, mas nem todo produto do trabalho é mercadoria.

Voltemos a questão do que dá valor às mercadorias. Para adentrar nessa questão, Marx faz uma caracterização da mercadoria, que segundo ele, possui um duplo valor: valor de uso e valor de troca. O valor de uso é a utilidade que a mercadoria possui, e o para que ela serve, obedecendo a um aspecto subjetivo do consumidor, portanto depende do uso que uma pessoa quer fazer de uma determinada mercadoria. Mas toda mercadoria para ser vendida no mercado precisa ter uma utilidade, senão ela não será vendida. Segundo Marx:

A utilidade de uma coisa faz dela um valor de uso. Essa utilidade, porém, não paira no ar. Determinadas pelas propriedades do corpo da mercadoria, ela não existe sem o mesmo. O corpo da mercadoria mesmo, como ferro, trigo, diamante, etc. é, portanto, um valor de uso ou um bem. [...] O valor de uso realiza-se somente no uso ou no consumo. Os valores de uso constituem o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta. Na forma social de sociedade a ser por nós examinada, eles constituem, ao mesmo tempo, os portadores materiais do valor de troca (MARX, 1985, p. 46).

O valor de troca é o que permite medir objetivamente o valor de uma mercadoria, e ele é medido pelo tempo socialmente necessário para sua produção nas unidades do tempo, em minutos ou horas. Assim, o valor de uso é o substrato



do valor de troca. Então o valor de uma mercadoria tem esses dois aspectos fundamentais, um valor de uso e um valor de troca. Devemos observar que a partir dessa definição podemos entender a troca entre as mercadorias, que serão trocadas por seus equivalentes em valor medidos pelo tempo de trabalho. Por exemplo, se pudermos trocar uma caneta por dois lápis, só podemos trocá-los se eles forem equivalentes em valor, se estiverem neles contidos a mesma quantidade de tempo de trabalho. Imaginemos que uma fábrica leva 1h para produzir uma caneta e outra fábrica leva 30 minutos para produzir um lápis, portanto a troca de uma caneta por dois lápis é uma troca de equivalentes, pois estamos trocando mercadorias diferentes, mas que possuem a mesma quantidade de horas para sua produção. Essa é a lei que regula a troca entre as mercadorias. Marx assim diferencia o trabalho concreto que produz valores de uso, do trabalho abstrato que produz valores de troca e valor:

Como valores de uso, as mercadorias são, antes de mais nada, de diferentes qualidades, como valores de troca só podem ser de quantidade diferente, não contendo, portanto, nenhum átomo de valor de uso. Deixando de lado então o valor de uso dos corpos das mercadorias, resta a elas apenas uma propriedade, que é a de serem produtos do trabalho. Entretanto, o produto do trabalho também já se transformou em nossas mãos. Se abstrairmos o seu valor de uso, abstrairmos também os componentes e formas corpóreas que fazem dele valor de uso. Deixa já de ser mesa ou casa ou fio ou qualquer outra coisa útil. Todas as suas qualidades sensoriais se apagaram. Também já não é o produto do trabalho do marceneiro ou do pedreiro ou do fiandeiro ou de qualquer outro trabalho produtivo determinado. Ao desaparecer o caráter útil dos produtos do trabalho, desaparece o caráter útil dos trabalhos neles representados, e desaparecem também, portanto, as diferentes formas concretas desses trabalhos, que deixam de diferenciar-se um do outro para reduzir-se em sua totalidade a igual trabalho humano, a trabalho humano abstrato. Consideremos agora o resíduo dos produtos do trabalho. Não restou deles a não ser a mesma objetividade fantasmagórica, uma simples gelatina de trabalho humano indiferenciado, isto é, do dispêndio de força de trabalho humano, sem consideração pela forma como foi despendida. O que essas coisas ainda representam é apenas que em sua produção foi despendida força de trabalho humano, foi acumulado trabalho humano. Como cristalizações dessa substância social comum a todas elas, são elas valores – valores mercantis (MARX, 1985, p. 47).



Mas essa dupla característica do mundo das mercadorias também se aplica a mercadoria que é própria ao trabalhador e que lhe pertence, que é a sua força de trabalho? A força de trabalho é o componente corporal do trabalhador enquanto sua capacidade de trabalho, é sua energia física e cerebral que será ativada no processo de trabalho, qualquer que seja ele. O valor de uso da mercadoria força de trabalho é sua capacidade de produzir determinada mercadoria e o seu valor de troca seria o tempo de trabalho em que ele produz estas mercadorias, e que lhe seria paga na forma do salário. Portanto a dupla característica de valor de uso e valor de troca também se aplica à mercadoria força de trabalho.

E a lei geral que regula as trocas entre as mercadorias, também se aplica na compra e venda da mercadoria força de trabalho ao capital? Em outras palavras, há uma troca de equivalentes entre tempo de trabalho da produção de mercadorias e a quantia em dinheiro do salário pago aos trabalhadores? A troca entre a venda da força de trabalho ao capitalista, e seu correspondente pago ao trabalhador na forma do salário, é uma troca justa? Aqui é que se localiza a descoberta genial de Marx, e que vai mudar a visão clássica liberal da troca justa entre trabalho X salário na compreensão da estrutura da sociedade capitalista. Essa descoberta vai permitir que os trabalhadores se percebam enquanto uma classe antagônica aos capitalistas, e daí passem a se organizar e a lutar contra a ganância do capital.

A descoberta de Marx é que a troca entre capital e trabalho não é uma troca justa, pois o contrato de trabalho, como uma peça formal esconde uma desigualdade real; qual seja, o trabalhador nunca recebe o valor integral de tudo o que ele produz na relação com o capital. O valor de uso da capacidade de trabalho, enquanto mercadoria, é muito maior do que seu valor de troca, ou o valor que o trabalhador recebe como salário. Em outras palavras, na relação salarial o trabalhador recebe apenas uma parte do que ele produziu, enquanto o capital fica com a maior parte da riqueza produzida por ele. Essa relação desigual na troca entre trabalho e salário é o que fundamenta a grande descoberta de Marx, a teoria da mais-valia, ou a teoria do valor-trabalho, um processo de exploração do trabalho social que alimenta a acumulação privada da riqueza socialmente produzida. Os trabalhadores produzem, mas quem acumula essa riqueza é o capital, personificado na figura do capitalista. Portanto Marx nos revelou o mecanismo próprio de produção da riqueza social no capitalismo e



seus mecanismos de reprodução, de tal maneira que o capital não é uma coisa, mas uma relação social estruturada e que comanda a vida da sociedade. Dessa forma, essa relação social faz com que o mundo capitalista seja o mundo das mercadorias³, das coisas; e não uma sociedade humana a serviço das necessidades humanas. Através da busca incessante da produção da mais-valia e do lucro que dela advém, o objetivo essencial dos capitalistas é a acumulação privada da riqueza social produzida pelo trabalho social, de tal forma que eles mesmos passam a ser controlados pelo movimento do capital, de valor que se valoriza. Esse movimento pode ser observado pelo movimento do dinheiro, que é uma das formas assumidas pelo capital, que como um fetiche⁴ subjugam a sociedade ao seu movimento. Segundo Iamamoto (2006):

Originalmente o dinheiro é um meio de promover o intercâmbio entre os produtos, como forma de manifestação necessária da medida do valor imanente às mercadorias – o tempo de trabalho – tornando as mercadorias comensuráveis. Todavia, à medida que se desenvolve a circulação, cresce o poder do dinheiro. Este vai se transformando em uma relação estranha aos produtores, autonomizando-se frente aos sujeitos. O dinheiro torna-se o ‘indivíduo da riqueza universal’ [...], resultado puramente social, que supõe apenas um vínculo fortuito, acidental com seu possuidor, não implicando o desenvolvimento de dimensões essenciais de sua individualidade. No dinheiro, o poder social transforma-se em poder privado. O poder que cada indivíduo dispõe sobre as atividades dos outros, e sobre as riquezas sociais deriva de sua condição de proprietário privado de valores de troca, de dinheiro: ‘seu poder social, assim como seu nexos com a sociedade carrega-o no bolso’ (IAMAMOTO, 2006, p. 55).

Corroborando este pensamento, Iamamoto (2006) ainda nos diz:

Porque, se ‘o dinheiro é originalmente o representante de todos os valores, na prática as coisas se invertem e todos os trabalhos, os produtos reais, tornam-se representantes do dinheiro: de sua função de servo, como simples meio de circulação, torna-se soberano e deus das mercadorias enquanto estas representam sua existência

³ Para um aprofundamento da forma mercadoria como célula básica das relações sociais capitalistas, consultar as seguintes obras de Karl Marx (1971, 1985, 1988, 2003, 2004, 2005).

⁴ Para um aprofundamento sobre o fetiche da mercadoria, confira a obra de Rodolsky (2001).

terrena'. O dinheiro expressa, pois, a universalização das relações de dependência entre os produtores (IAMAMOTO, 2006, p. 55-56).

De tal forma que parece que o dinheiro é quem comanda a nossa vida, pois quem tem dinheiro tem tudo, pode tudo e comanda a sociedade burguesa. O dinheiro como uma das formas alienadas⁵ do capital passa a comandar a sociedade, pois todos correm atrás do dinheiro, as pessoas adoram o dinheiro e tudo o que o dinheiro pode comprar, as pessoas se matam e matam em nome do dinheiro. O dinheiro passa a ser a divindade da sociedade e em seu nome os sacrifícios humanos, sociais e ambientais devem ser feitos para se obter mais dinheiro; num processo destrutivo apontado por István Mészáros⁶ com um processo incontrolável e autodestrutivo do próprio capital, e com ele de todo o planeta, dentro desse sociometabolismo. Daí o título da grande obra deste autor marxista de nosso tempo “Para Além do Capital”, e suas sugestivas dicas de que devemos começar a pensar e a instituir uma sociedade que seja, de fato, voltada para os interesses humanos, e não para os interesses do capital.

4 IMPLICAÇÕES DA TEORIA DO VALOR-TRABALHO PARA CLASSE TRABALHADORA

A partir dessas descobertas de Marx e Engels, as organizações no campo da classe trabalhadora vão se desenvolver, sendo o movimento sindical o primeiro a se organizar para tentar combater os abusos dos capitalistas sobre a exploração dos trabalhadores. Segundo Alves:

Marx e Engels consideravam os sindicatos como produto das lutas espontâneas dos operários contra as usurpações dos capitalistas. As greves (e as coalizões operárias) eram vistas, por eles, como os primeiros meios da aprendizagem revolucionária (o próprio fato da associação dos operários tinha uma relevância política muito maior para Marx) nessa perspectiva, as greves (e os sindicatos) tinham um sentido pedagógico, um valor moral (e político), não importando os seus resultados imediatos (ALVES, 2003, p. 337).

⁵ Confira nos autores abaixo uma explicação mais profunda sobre o fenômeno da alienação: Bottomore (2001); Cruz (2001, 2006); Löwy (1999); Luckács (1989); e Mészáros (2006).

⁶ Confira na obra Mészáros (2002).



Em relação a esse movimento da classe trabalhadora, Engels nos apresenta um estudo em 1824 intitulado “A situação da classe trabalhadora na Inglaterra”, que na verdade é uma brilhante síntese de sua leitura dos relatórios da saúde pública inglesa sobre a situação das condições das fábricas e dos bairros operários nas principais cidades industriais inglesas. Assim que chegou em Londres representando o escritório do pai, um rico industrial alemão do setor têxtil, Engels logo estabeleceu relações amistosas com o movimento sindical inglês nascente, e foi amigo pessoal dos dirigentes do chamado “movimento cartista”, o embrião daquelas que seriam as trade-unions, os poderosos e organizados sindicatos ingleses. O movimento cartista ficou assim designado, por que mostrou uma forte organização dos operários fabris, da nascente indústria têxtil inglesa, e que conseguiu através de inúmeras greves e mobilizações, diversos direitos aos trabalhadores. Em suas negociações, eles apresentavam uma carta contendo diversas reivindicações que iam desde o aumento salarial, passando por melhorias nas condições e ambientes de trabalho, até a preservação da saúde dos trabalhadores.

É claro que foram necessárias diversas negociações para que partes dessas reivindicações fossem atendidas, além de greves e manifestações que mostraram para os capitalistas e para o governo inglês, a força dessa organização dos trabalhadores. Um dos frutos dessas reivindicações foi a visita de comissões da saúde pública do governo inglês nas principais fábricas têxteis e nos bairros operários, a fim de descreverem as condições de trabalho e de vida dos operários das grandes fábricas. Os resultados dessas observações das comissões da saúde pública foram estudados por Engels, que elaborou uma síntese desses relatórios na obra acima referida. Quais os resultados que as comissões apresentaram?

Uma primeira constatação foi a carga excessiva de trabalho para homens, mulheres e crianças, que trabalhavam em média 12, 14 e até 16 horas diárias, onde muitos não viam a luz do sol. Assim, uma das reivindicações permanentes do movimento cartista era a diminuição da jornada de trabalho de 12 hora para os homens, e de 10 horas para as mulheres e crianças. Uma segunda constatação era que homens, mulheres e crianças tinham uma mesma carga horária diária

⁷ Confira em Engels (2010).



de trabalho, o que levará o movimento cartista a pedir uma carga de trabalho menor para mulheres e crianças. Interessante notar que a luta pelas 08 horas de trabalho, e a luta pela diminuição da jornada de trabalho para crianças ou mesmo a eliminação do trabalho infantil nas fábricas, só vai se consolidar mais ao final do século XIX quando diversas nações européias avançarem no processo de revolução industrial, principalmente a França e a Alemanha.

Uma terceira constatação era o valor miserável dos salários, que como avanço tecnológico da revolução industrial arruinou o artesão da idade média, parcelou a produção das mercadorias e especializou o trabalhador a executar funções cada vez mais simples, repetitivas e rápidas, permitindo ao capital empregar grandes contingentes de trabalhadores com baixos salários. O movimento cartista fará do aumento salarial, uma de suas pautas permanentes em todas as negociações com as empresas capitalistas. Uma quarta constatação eram as péssimas condições de trabalho das fábricas, sendo essas mal iluminadas, pouco ventiladas e insalubres; o que favorecia o aparecimento de diversas doenças que acabavam afastando os trabalhadores do trabalho, quando não contribuindo para sua morte prematura. Além disso, os trabalhadores (homens, mulheres e crianças) sofriam acidentes no trabalho, perdiam dedos, mãos, braços, pé e pernas prensados ou engolidos pelas máquinas. Engels chega mesmo a elencar as principais doenças do trato músculo-esquelético, do trato respiratório e até doenças do sistema nervoso, que acometiam os trabalhadores. Portanto, o movimento cartista incorporou em suas reivindicações a luta contínua pela melhoria dos ambientes e das condições de trabalho, para diminuir os afastamentos, as doenças e as mortes no trabalho.

Uma quinta conclusão que Engels nos apresenta em seu estudo é que em relação às doenças e o afastamento do trabalhador da fábrica, ou a vida do trabalhador após um acidente de trabalho com a perda de um membro do seu corpo, ou mesmo no caso de morte deste e a situação futura de sua esposa e filhos; os trabalhadores não tinham nenhum amparo, nem das fábricas onde trabalhavam, e nem por parte do governo. O movimento cartista vai incorporar em sua carta de reivindicação, a luta pela defesa do acesso à saúde e à previdência; para que se ocorressem esses problemas de saúde, acidente de trabalho e morte no trabalho, ele e sua família tivessem amparo. Mesmo antes da conquista do direito a saúde e previdência pública na sociedade capitalista, através da pressão dos trabalhadores sobre os capitalistas e sobre os governos, não foram poucos



os sindicatos que criaram suas caixas de aposentadoria e pensão com recursos dos próprios deles mesmos para socorrerem os doentes, acidentados ou amparar suas famílias em caso de sua morte no trabalho. No Brasil, por exemplo, isto aconteceu com alguns sindicatos das poucas categorias profissionais fortes, mesmo antes da Era Vargas (1930); período onde avançamos no nosso processo de industrialização tardia, e na construção lenta e gradual das políticas públicas brasileiras.

A partir dessas cinco conclusões do estudo dos relatórios da saúde pública, sobre a situação dos trabalhadores dentro das fábricas têxteis inglesas no início da revolução industrial, Engels nos mostra a péssima situação em que trabalhavam os operários ingleses. Essa situação só mudaria se estes de fato se organizassem, e se mobilizassem para conquistar aquilo que eles precisavam para satisfazer as suas necessidades. Tudo o que eles queriam só seria alcançado pela sua luta e organização, pois tanto o capital, quanto o governo capitalista só reconhecerão os direitos dos trabalhadores através da pressão da luta de classes.

Não bastasse esse “mapa do inferno” das fábricas têxteis inglesas, Engels também nos apresenta a situação dos bairros operários onde estes moravam com suas famílias. O quadro é aterrorizador, pois ele mostra às péssimas condições de habitação dos bairros operários, a falta de água potável, a falta de saneamento, a falta de iluminação, as ruas sem pavimentação enfim, uma situação deplorável. Ele nos mostra que pelos baixos salários, a alimentação do trabalhador e de sua família era péssima, comiam muito mal, quase sempre só pão e batatas e, portanto, tinham como companheira permanente a fome. As casas eram verdadeiros barracos com pouco espaço, onde quase sempre viviam famílias numerosas amontoadas em poucos metros, sendo locais insalubres disputados com pulgas e carrapatos. Se algum membro da família ficasse doente, quando não se socorriam com curandeiros ou benzedeiros morriam, pois não havia hospitais para todos, só para os ricos capitalistas. Os filhos dos operários viviam soltos pelas ruas lamacentas, onde o esgoto corria solto e a água potável não havia, não existia escolas para eles, o que os condenava a um futuro de analfabetismo e ignorância. Doenças diversas afloravam em tal ambiente, o que contribuía pelo número absurdo de morte entre as crianças. E a qualidade da alimentação também é analisada pelos relatórios e apresentada por Engels, que nos mostra que na análise feita dos pães consumidos pelos operários, por exemplo, podia



se encontrar desde cal, cimento e areia; além do pouco trigo e do fermento que os acompanhava. Além disso, o amontoado de operários em poucos bairros ao redor das fábricas gerava um ambiente de muitos conflitos, ocasionando todos os tipos de problemas sociais, desde pequenos furtos, agressões e brigas; até assassinatos por qualquer problema. Isso além do alcoolismo, da prostituição e dos jogos que eram as fontes de diversão desses operários, condenados a viver uma vida em função dos desejos do capital da primeira revolução industrial.

Após apresentar esse quadro de horrores dentro e fora das fábricas, Engels se pergunta ao final do seu livro, como é possível que seres humanos vivam e aceitem tal ordem social, sem se revoltar e sem lutar por sua transformação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Marx e Engels, é nessa condição objetiva de exploração do trabalho que nasce a sociedade capitalista, que é a condição necessária para sua transformação; mas esta transformação depende única e exclusivamente da própria classe trabalhadora. Eles vão nos mostrar que as lutas da classe trabalhadora pela melhoria no seu trabalho dentro das fábricas (diminuição da jornada de trabalho, melhoria dos salários, melhoria nas condições de trabalho, a luta pela preservação da saúde do trabalhador, entre outras), vai inspirá-los a lutar pela melhoria de sua vida na sociedade fora da fábrica. Em outras palavras é pelos conflitos da luta de classes, pela luta entre o capital e o trabalho que têm interesses opostos e antagônicos que a classe trabalhadora vai avançar em conquistas e direitos sociais, políticos e econômicos. A luta dentro do trabalho na fábrica vai mostrar que é necessário estender essa luta para todas as esferas da vida em sociedade, principalmente para a esfera pública dos governos do Estado Capitalista. E na esfera do Estado, principalmente nos poderes legislativo e executivo, é onde o regime democrático possibilita a entrada dos representantes da classe trabalhadora, para que estes possam disputar parte dos recursos públicos para melhorar a vida da população. Nesse sentido, a luta pela livre organização de sua representação sindical e partidária será fundamental para que os trabalhadores possam expressar seus interesses e lutar por eles. Então a luta dos trabalhadores dentro da fábrica, precisa se articular com as lutas dos demais setores organizados fora da fábrica, por políticas públicas. Inclusive por políticas



públicas de proteção ao trabalhador, ou mesmo políticas públicas que procurem gerar oportunidades de trabalho, emprego e renda a todos os que precisam trabalhar. Portanto, a luta por políticas públicas é parte da continuidade da luta dos trabalhadores para tentarem viver com dignidade na sociedade capitalista, mas essa luta deve ser permanente e vigilante, pois se os trabalhadores não estiverem organizados e mobilizados, o capital retira os direitos outrora conquistados. Essa tem sido a história dos trabalhadores na sociedade capitalista, ora avançam em conquistas e direitos fundamentais, como os direitos políticos, sociais e econômicos, ora retrocedem; e o capital impõe perdas que os sacrificam e as suas famílias. No momento atual, vivemos no Brasil desde 2015, um momento de retrocesso, de desconstrução de nossas conquistas da Constituição 1988. Que as reflexões apontadas neste texto possam nos animar a reconstruir a unidade da classe trabalhadora no Brasil, e nos faça preservar e avançar em políticas públicas para nosso povo.

REFERÊNCIAS

ALVES, G. **Limites do sindicalismo:** Marx e Engels e a crítica da economia política. Bauru/SP: Práxis, 2003.

ALVES, G. **O Novo (e precário) mundo do trabalho.** Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 4. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 1997.

ANTUNES, R. **Os sentidos do trabalho.** Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

BIRH, A. **Da grande noite à alternativa.** O movimento operário europeu em crise. São Paulo: Boitempo, 1998.

BOTTOMORE, T. **Dicionário do pensamento marxista.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.



CHESNAIS, F. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

CHESNAIS, F. (org.). **A mundialização financeira: gênese, custos e riscos**. São Paulo: Xamã, 1998.

CRUZ, C. A. M. As Raízes do processo de alienação / Desalienação do trabalho no capitalismo. In: Redes. **Revista Capixaba de Filosofia e Teologia**, Vitória: Iftav/FSV, ano 4, n. 6, jan./jul. 2006.

CRUZ, C. A. M. **Qualificação profissional e reestruturação produtiva: o caso do Banestes**. (Dissertação de Mestrado). PPGE/UFES. Vitória/ES, 2001.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Boitempo, 2010.

HARVEY, D. **A Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1992.

IAMAMOTO, M. **Trabalho e indivíduo social**. São Paulo: Cortez, 2006.

LÖWY, M. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

LUCKÁCS, G. **História e consciência de classe: estudos de dialética marxista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elfos; Porto, Portugal: Escorpião, 1989.

MATTOSO, J. E. L. **A desordem do trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995.

MARX, K. **Capítulo VI inédito de O Capital**. Resultados do processo de produção imediata. São Paulo: Centauro, 2004.

MARX, K. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARX, K. **El libro I capítulo VI (inédito)**. Siglo XXI. México, 1971.



MARX, K.; ENGELS F. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARX, K. **O Capital**: crítica da economia política. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MARX, K. Salário, preço e lucro. In: **Coleção bases 28** – economia. 6. ed. São Paulo: Global Editora, 1988.

MÉSZÁROS, I. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2006.

MÉSZÁROS, I. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo; Campinas: Unicamp, 2002.

RODOLSKY, R. **Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx**. Rio de Janeiro: EDUERJ; Contraponto, 2001.

TEIXEIRA, F. J. S. **Pensando com Marx**: uma leitura crítico-comentada de O Capital. São Paulo: Ensaio, 1995.

The background is a dark, almost black, space filled with various geometric and abstract elements. In the top left, there is a grid of small white dots with some green dots interspersed. To its right is a solid green circle. Below the grid is a vertical stack of four chevron shapes pointing right, alternating in color between green and white. In the bottom left, there is a thin white arc and a small green circle. In the bottom right, there is another vertical stack of four chevron shapes pointing right, alternating in color between green and white. The central text is white and underlined with a green line.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DIGITAL¹



Ludmilla Gobbo Sá Cavalcante²

Adriano Sant'Ana Pedra³

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, cada vez mais plural e conectada, experimenta uma constante evolução tecnológica, o que está diretamente relacionada ao conceito de liberdade de expressão. A partir disso, verifica-se, por outro lado, que se as mídias sociais favorecem a propagação de ideologias, conhecimentos e opiniões, também podem servir de meio para disseminação de conflitos sociais e manifestações de ódio, fazendo emergir necessidade de restrições em prol da manutenção e respeito dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional.

Neste contexto, a liberdade de expressão ganha relevância pelo atual contexto das redes sociais, sobretudo em razão da percepção de seus limites e abrangência, de modo que o exercício desse direito tomou novos contornos com a internet, sendo fortemente facilitada pela disseminação das redes sociais. Por isso, tratando-se de direito de se expressar, tido como fundamental pelo constituinte brasileiro, devem ser adotados limites para que não se incorra na violação de outros direitos resguardados no contexto da sociedade.

¹ Estudo desenvolvido no âmbito da disciplina “Direitos Políticos, Teorias Democráticas e Cidadania”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sob o magistério do Prof. Adriano Sant’Ana Pedra.

² Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela FDV. Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Integrante do Grupo de Pesquisa “Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos” (FDV); ludmilla_gobbo@hotmail.com.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador Federal; adrianopedra@fdv.br.



Partindo dessa premissa produzida pela utilização das tecnologias da informação e comunicação e dos consequentes problemas jurídicos que são produzidos pelo seu emprego, este artigo pretende investigar a relevância do direito fundamental de liberdade de expressão, considerando sua interação com os demais direitos fundamentais, o que torna pertinente o questionamento quanto à necessidade de uma regulação mais efetiva no Brasil.

Diante da deturpação da ideia de liberdade de expressão, as novas ferramentas tecnológicas estão trazendo consequências significativas no contexto da democracia e dignidade da pessoa humana, podendo colocar a liberdade de expressão em rota de colisão com outros direitos.

Uma vez reconhecida a importância do direito à liberdade de expressão, em especial na busca da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, este estudo analisa condutas praticadas por aqueles que publicam nos ambientes de relações interpessoais conteúdos que violam direitos, de modo a refletir sobre o tratamento dos direitos fundamentais na sociedade informacional, por meio da possibilidade de controle e regulação infraconstitucional do exercício da liberdade de expressão.

Para tanto, é discutido o caso da condenação criminal de um comediante por ofensa a uma deputada federal, identificando possíveis colisões de direitos. Almeja-se estimular o diálogo sobre a questão, a partir do entendimento de que o caminho mais plausível para a superação dos impasses acerca da limitação e regulação da liberdade de expressão é o seu próprio exercício, em busca da construção de acordos comunicativos marcados pela participação dos diferentes setores da sociedade.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA CONCEPÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entre os diferentes direitos expressos na Constituição, a liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, uma vez que sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática do Estado de Direito, porquanto uma vida digna pressupõe liberdade de escolhas existenciais que devem ser expressadas e vivenciadas.



Reconhecer a liberdade de expressão como liberdade primária demonstra a importância deste direito no sentido de que as demais liberdades concedidas ao ser humano decorrerem desta. Nessa perspectiva, Olsen Henrique Bocchi (2019) salienta que:

O ser humano somente existe porque pensa e só pensa para poder exteriorizar seu pensamento. Um homem que não pode pensar é inumano e se, mesmo que pensa não pode exteriorizar seu pensamento, este não é livre. Sem, portanto, a garantia ao cidadão à sua liberdade de pensamento equivale, sob o enfoque da ética, a condená-lo à condição de inumanidade.

Partindo dessa ideia, a liberdade é imprescindível para aqueles que desejam se manifestar e não sejam reprimidos por isso. Pelo fundamento de constituir um direito como fundamental, resguardado pela Constituição da República de 1988, a expressão de todos e em todas suas formas deve ser respeitada e resguardada a todo e qualquer tempo, sob pena de que a própria liberdade seja abolida.

A liberdade de expressão, mais do que um direito, pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Assim, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total” (MAGALHÃES, 2008, p. 74). Pode-se afirmar, dessa forma, que essa gama de direitos visa à proteção daqueles que emitem, recebem informações, críticas e opiniões.

Enfim, não se pode perder de vista que a liberdade como gênero se encontra respaldada através de diversas outras espécies, como, por exemplo, a liberdade de se expressar, comunicar, de ir e vir e, principalmente, a liberdade de expressão. Sendo assim, “[...] a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 143-144).

Dessa forma, tal como foi inserida na Carta Fundamental, a liberdade de expressão dispõe de uma ampla gama de liberdades, não sendo somente aquela de se expressar, mas também a de se comunicar, se informar; portanto,



decorre não somente um direito, mas diversos direitos que impõem um respeito à liberdade como uma forma de agir para o ser humano.

Pelo direito de se expressar o indivíduo manifesta seus sentimentos ou criatividade, melhor dizendo, por sua conta própria e pensamentos próprios exprime o que entende ou julga pertinente. Logo, uma comunidade pode ter diversas maneiras de demonstrar o que realmente pensa a respeito dos mais variados assuntos, não se restringindo apenas a uma possibilidade.

Nessa linha de raciocínio, Edilsom Farias (2004, p. 54) ressalta que a liberdade de expressão “consiste na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão)”. O indivíduo poderá manifestar, nesse sentido, a partir de qualquer meio de divulgação, inclusive, pelas redes sociais, expondo seus pensamentos acerca do que entender necessário.

É certo que a proteção da liberdade de expressão não é suficiente para assegurar a participação popular no debate político, pois os direitos fundamentais efetivam-se de modo dependente, ou seja, a eficácia de um direito fundamental depende da eficácia dos demais. Cabe enfatizar, neste aspecto, que ao tratar do conteúdo da liberdade de expressão, que consiste na liberdade em expressar pensamentos e opiniões, a Carta Magna consigna os seguintes preceitos constitucionais:

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

[...]

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

[...]

XIV – e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 2019).



Assim, o constituinte de 1988, ao adotar o Estado Democrático de Direito, assegurou a liberdade de expressão como um direito fundamental de todo indivíduo, seja brasileiro ou estrangeiro no Brasil, e, vale dizer, a liberdade de expressão não assume somente em uma determinada dimensão, mas são resguardadas a liberdade de pensamento, informação, religiosa, política, entre outras. Não houve somente a previsão da liberdade de expressão, como também a sua proteção.

No entanto, a livre manifestação de pensamento, como todos os outros direitos, não são direitos absolutos. O próprio texto constitucional, ao garantir a livre manifestação de pensamento, veda o anonimato e reconhece a existência dos limites da liberdade de expressão.

Em consonância, vale ressaltar que, conexos à liberdade de expressão, encontram-se também outros direitos, como o direito de informar e de ser informado, o direito de resposta, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa, entre outros. Conseqüentemente, a concepção de liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, resguardada a instrumentalidade do direito.

Merece ser mencionado que a liberdade de expressão abrange toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não. Significa dizer que não engloba somente estas hipóteses, mas também toda e qualquer mensagem ou forma que possa se comunicar, incluindo o direito de não se expressar, de se calar e de não se informar, desde que não enseje na colisão com outros direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2016, p. 264).

É importante dizer, neste contexto, que o direito à liberdade de expressão, assim como os demais direitos fundamentais, deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica, pois, segundo Robert Alexy (2001, p. 112), “os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles”.

Identificado seu caráter principiológico, os direitos fundamentais, entre os quais o direito de liberdade de expressão, estão inseridos em um sistema normativo complexo, como bem salienta Ronald Dworkin (2007, p. 36):



[...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Dessa forma, é possível compreender que os direitos fundamentais podem ser limitados pela própria Constituição, o que também se pode dizer especificamente do direito fundamental de liberdade de expressão. Seguindo esse pensamento, Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 279) escreve:

Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc.).

Diante disso, apesar de sua proteção ser imprescindível para a autonomia individual e social, a liberdade de expressão não se sobrepõe de forma absoluta aos demais direitos, que são também essenciais. É possível consignar, portanto, que a existência da liberdade de expressão compreende diversas possibilidades para que o indivíduo possa se manifestar, desde que não colida com outros direitos fundamentais, haja vista que todos os direitos devem estar em consonância uns com os outros.

Ademais, o direito à liberdade de expressão não pretere os demais direitos humanos, não tendo tal liberdade uma dimensão exclusivamente individual, mas principalmente coletiva. E, nesse aspecto, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão” e “este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.



No entanto, a existência de limitações ao direito à liberdade de expressão explica-se tanto pela necessidade de harmonia entre os direitos fundamentais como pelo reconhecimento de que esse direito é concebido para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível sua interpretação como um direito superior aos demais, apto a atentar contra o desenvolvimento da personalidade individual (FERNANDES, 2011, p. 279; MAGALHÃES, 2008, p. 74; TAVARES, 2009, p. 602).

Assim, é importante compreender como resolver a (aparente) colisão entre direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, no âmbito das redes sociais, conforme se verá a seguir.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM CONFRONTO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ERA DAS REDES SOCIAIS

Como alhures visto, um dos pilares da Constituição da República de 1988 assenta-se nos direitos fundamentais, que são especialmente protegidos como cláusulas pétreas para que não haja revogações e retrocessos, como ocorreu com as liberdades comunicativas no período militar. Vale lembrar que o momento histórico da promulgação do texto constitucional é marcado pelo repúdio ao regime ditatorial, violador de direitos básicos do ser humano e da segurança jurídica.

Por outro lado, convém destacar, no cenário atual, a incorporação das redes sociais à cultura dos brasileiros, influenciando diretamente o Direito pátrio. Todavia, não se pode deixar de mencionar, desde já, que um dos grandes problemas da era digital diz respeito ao anonimato *online*, expressamente vedado pelo artigo 5º, IV, da Carta Magna.

É comum, portanto, comentários de conteúdo ofensivos e racistas feitos por um usuário anônimo, com o intuito de atingir moralmente uma determinada pessoa ou uma classe inteira. Neste contexto, Liliانا Paesani (2006, p. 54) ressalta que:

Na Rede, é possível assumir e construir uma identidade livre de condicionamentos (pode ser omitido o nome e a condição



econômica e social do indivíduo). Toda tentativa de limitar a possibilidade do anonimato (como, por exemplo, obrigando o usuário a fornecer a própria identidade ao gestor da rede, que poderia revelá-la somente ao magistrado em caso de crime ou dano civil) violaria um dos pontos cardeais da Internet: o de ser o espaço da liberdade total.

Dentro desse cenário, vários direitos são constantemente afetados no meio virtual, em afronta ao artigo 5º, X da Carta Fundamental que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou decorrente de sua violação”. De qualquer forma, as liberdades na esfera de direito não se confundem, uma vez que há diretrizes demarcando o campo de atuação de cada uma delas.

Ou seja, apesar da ampla liberdade de expressão e de comunicação do pensamento, é possível obter-se a proteção contra violações em espécie dos direitos assegurados constitucionalmente. As relações podem ter se dinamizado com o uso das tecnologias da informação e comunicação, mas isso não significa que a livre manifestação seja absoluta e autorize a violação de direitos de outrem, como tem acontecido no mundo digital.

Logo, o direito à liberdade de expressão não se confunde com livre arbítrio de escolher e divulgar toda e qualquer informação que se julgue oportuna, com o fito de expor e constranger alguém, prejudicando v.g. o seu direito fundamental à imagem. Tão importante quanto o direito à ampla liberdade de expressão é a garantia de que a imagem de qualquer indivíduo seja resguardada, seja pessoa pública ou não, pois a violação de um desses direitos atenta contra a dignidade humana, fundamento essencial do Estado Democrático.

Assim, mais do que uma colisão de direitos fundamentais, o entrave percebido pelo choque entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito fundamental à imagem, atenta contra a dignidade da pessoa humana, encaixando-se sobremaneira no artigo 5º, inciso XXXV, que preleciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Inegável, pois, que, a proteção à imagem na perspectiva do direito humano deve ser resguardada, porém o temor justificável consiste na falta de controle em barrar o uso indevido e indiscriminado dos aparatos tecnológicos que captam a



presença humana de modo a causar lesão irreparável nos direitos fundamentais ligados a livre manifestação de pensamento.

Nesse contexto, o problema que se coloca consiste em saber se as mensagens que defendem e divulgam conteúdos carregados de discriminação preconceituosa e de subordinação de determinados grupos a outros, ou seja, conteúdos envolvendo o discurso de ódio, por exemplo, também estão protegidos pelo âmbito normativo da liberdade de expressão.

Segundo Winfried Brugger (2007, p. 118), “o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

O foco da questão diz respeito à amplitude do direito fundamental à liberdade de expressão no que tange a discursos preconceituosos que inferiorizam, excluem e podem gerar violência a determinados grupos, visto que muitos se valem do argumento da proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão, um dos cernes da democracia, para legitimar tais discursos e o difundirem.

Em outras palavras, o discurso de ódio não busca conciliar opiniões ou a discussão de ideias, mas sim reforçar os preconceitos, discriminação e intolerância contra grupos sociais, depreciando sua condição humana, ainda que seja necessário avaliar cada caso de forma isolada.

Diante disso, há que se questionar sobre o controle do discurso de ódio em um ambiente democrático, em que as pessoas e grupos têm o direito de se manifestarem, criticarem e discordarem. Oferecer as melhores condições para que todos expressem suas ideias, convicções e percepções, requer o estabelecimento de limitações que afastem as manifestações que atentam contra outros direitos constitucionalmente protegidos, mesmo porque a democracia não representa a transgressão discursiva.

Há, portanto, que se identificar os pontos entre o proibido e o permitido, sobretudo com a associação entre as relações virtuais e pessoais, de modo a utilizar um padrão de aplicabilidade de direitos e deveres aos moldes da limitação. Assim, o contexto fático prevalece, buscando a interpretação mais condizente e menos gravosa para as partes envolvidas no conflito jurídico.



Considerando esse cenário, é pertinente levantar a discussão acerca da necessidade de elaboração de legislação específica, que determine parâmetros para que a análise das colisões de direitos fundamentais não fique destinada ao subjetivismo inerente à ponderação de direitos, característica marcante do atual decisionismo jurisdicional brasileiro.

A respeito do tema, Trindade assevera “o que se verifica é que, no Brasil, a vulgata da ponderação não está aumentando o grau de racionalidade das decisões judiciais, mas potencializando o subjetivismo” e, “sob o álibi teórico da proporcionalidade, instituindo uma justiça cada vez mais lotérica” (TRINDADE, 2019). Dessa forma, a ponderação de direitos, adotada pelo Poder Judiciário, revela-se temerária, dada a discricionariedade e o subjetivismo com que o aplicador faz uso da fórmula de ponderação, conforme se percebe na condenação criminal do humorista Danilo Gentili em razão de piada ofensiva, que se revela excessiva e desproporcional.

Mediante isso, a técnica de ponderação, aplicada sem a preocupação prévia do magistrado de identificar a natureza das pretensões que lhe chegam em conflito, representa uma falha na percepção do fato, à medida que pretende qualificá-lo antes de tudo a partir de seus próprios interesses ou concepções pessoais, sem avaliar a real situação.

Dessa forma, nos conflitos levados ao Judiciário há, em regra, choque de interesses, pretendendo as partes alguma resposta do poder judicial. O fato é que o conflito, muitas vezes, está entre as pessoas, não entre os seus direitos. Logo, a decisão jurídica deverá ocorrer, na percepção do magistrado, por ser conforme à realidade dos fatos, não havendo que se falar em renúncia de direito.

Por isso, há a necessidade de se estimular a instrumentalização de uma legislação parametrizadora em atenção aos demais mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, de modo a enquadrar os limites estabelecidos para os parâmetros de equilíbrio e proporcionalidade já existentes, visto que, caso contrário, estaríamos apenas invertendo o polo passivo entre as vítimas das brechas legislativas que permitem a ocorrência de abusos.

E, neste aspecto, Daniel Sarmiento (2010, p. 261) reconhece a insegurança gerada nos casos de colisão, ao afirmar que:



[...] é muito importante traçar parâmetros e *standards* para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica e estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública das decisões jurisdicionais proferidas neste campo. O estabelecimento desses *standards*, especialmente no caso brasileiro, parece-nos de importância ímpar. De fato, se, por um lado, a jurisprudência pátria vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, por outro, ela o tem feito praticamente sem qualquer fundamentação jurídica. As decisões parecem basear-se mais numa intuição de justiça dos juízes do que numa argumentação dogmática sólida. É preciso avançar nesse ponto, para construir alicerces mais firmes na nossa matéria, tornando a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado intersubjetivamente controlável, e, na medida do possível, relativamente independente dos humores e das inclinações espirituais e ideológicas dos magistrados.

Depreende-se, assim, que para melhor resolução de conflitos, deve-se partir para a modulação do caso com dados decorrentes dele, antes de se atribuir ao caso uma dada categoria de normas, que podem levar o magistrado a se voltar para a construção de teorias que não condizem com o fato em si, mentalizando um conflito de direitos.

Em suma, deve-se pensar em outras respostas jurídicas possíveis para regular determinadas condutas adotadas no momento do uso da internet, a depender da motivação a que se destina o uso de determinado usuário. Inclusive, nos casos mais voltados a violação de direitos e garantias, sobretudo no que tange à liberdade de expressão e ao uso de dados pessoais indevidamente, a fim de garantir sanções para violações praticadas em ambiente virtual.

Diante de todo esse quadro normativo sobre a liberdade de expressão e sua importância para a democracia, e somada as mudanças trazidas pelas novas tecnologias da informação e comunicação, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) traz uma série de direitos e deveres para os usuários, provedores de acesso e empresas com presença no meio ambiente digital, o que representa um grande avanço jurídico.

Sabe-se, contudo, que a regulação das técnicas depende de tratamento mais minucioso, à medida que deve inserir no usuário um pensamento dotado de disciplina, submetendo o mesmo a uma análise dos possíveis riscos aos quais



estarão submetidos os dados pessoais caso forem indevidamente divulgados na rede.

Não obstante o Brasil já possuir uma lei geral de proteção de dados pessoais, qual seja, a Lei nº 13.709/2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais dos indivíduos, no mundo digital, a fim de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, há o desafio de regulamentar o uso desses dados em razão da enorme quantidade de informações pessoais gerada pelo uso intensivo de computadores, celulares, conectados à rede no dia a dia e que, coletada e analisada por empresas de tecnologia, que pode ser utilizada de inúmeras formas e para os mais diversos fins.

Diante dessa realidade, é possível afirmar que privacidade é uma das formas de proteger a liberdade de expressão, tendo em vista que os dados individuais podem ser usados para identificar pessoas e causar constrangimentos ou represálias a partir do que elas fazem ou falam na internet.

Em certa medida, deve haver um equilíbrio capaz de fazer com que não haja prejuízos indevidos pelo simples fato de os indivíduos manifestarem-se na internet. No entanto, aquelas práticas de utilização indevida de conteúdo pessoal precisam ser punidas, visto que os dados contidos podem ser manipulados e, por conseguinte, escapar da esfera de proteção daquele que possui a apropriação.

É possível questionar, contudo, a desarmonia entre a vida cotidiana e a regulação das relações sociais. Esse descompasso do processo de inovação tecnológica é sentido por Rodotà (*apud* DONEDA, 2000, p. 120) da seguinte maneira:

Tem-se a sensação que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológica e o mundo lentíssimo da proteção sócio-constitucional. Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência das soluções reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas à solução de um problema apenas.

Por outro lado, não há como negar, a partir desse panorama, que as ligações interpessoais passaram a ser algo cotidianamente comum, sendo que as redes sociais se tornaram fontes de divulgação de informações, principalmente porque os níveis de controle são mais difíceis, o que pode representar uma estrutura de horizontalidade. Whitaker (2006, p. 3), partindo dessa premissa, sustenta que:



[...] como as redes não comportam centros ou níveis diferentes de poder, a livre circulação de informações – a livre intercomunicação horizontal – torna-se assim uma exigência essencial para o bom funcionamento de uma rede. Todos os seus membros têm que ter acesso a todas as informações que nela circulem, pelos canais que os interliguem. Não podem existir circuitos únicos ou reservados, para que canais que eventualmente se bloqueiem não impeçam que a circulação da informação se faça livre e múltipla.

Diante disso, o universo digital possibilitou, para o bem ou para o mal, uma sociedade mais transparente, pois qualquer pessoa possui acesso a uma imensa quantidade de informações em relação a qualquer aspecto da vida social. Isso demonstra que a formação de uma rede depende dos seus atores e das informações que nela circulam, sendo que grande parte do conteúdo presente na internet, distribuído pelas mais variadas redes sociais, pode contemplar as mais variadas áreas do conhecimento e cenários totalmente diferentes.

A toda evidência, as tecnologias de comunicação cada vez mais rápidas e vorazes, mais acessíveis e integralizadas aos afazeres cotidianos da vida comum criam um ambiente em que cada indivíduo é ao mesmo tempo vigilante e vigiado de todos e por todos, não havendo mais dimensão do que é espaço público e privado. Assim, José Afonso da Silva (2012, p. 209-210) analisa a questão:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Com base nessas considerações, cumpre registrar, por exemplo, que os mecanismos de captação e registro de informações que conduzem a imagem de determinada pessoa pode, inclusive, ser aprisionada e divulgada posteriormente, uma vez que a divulgação pela Internet desconhece barreiras espaciais e temporais,



o que permite a qualquer pessoa armazenar e fazer o que bem entender com os dados produzidos.

Nota-se, pois, que a modernidade ampliou a liberdade de expressão, mas também trouxe aspectos negativos como os crimes contra os direitos da personalidade e, em muitos casos, acobertados pelo anonimato, amplamente exercido nas redes sociais, uma vez que não há necessidade da comprovação da identidade dos usuários nesses meios de comunicação.

Em suma, a evolução da tecnologia e dos costumes, numa época de revolução e de globalização da informação, ressignificou os espaços de privacidade. As pessoas, nos tempos atuais, passaram a elaborar verdadeiros diários de suas vidas, com aspectos cada vez mais íntimos na internet, e isso tem gerado também novas formas de agressão, como o discurso de ódio, que é um elemento inibidor ao exercício da liberdade de expressão, já que sua manifestação implica na violação de outros direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que a rede democratizou o acesso à informação e diminuiu brutalmente o custo de comunicação entre os cidadãos, extinguindo as fronteiras entre os espaços público e privado, mas também trouxe riscos sistêmicos, sobretudo em razão dos casos de desrespeito ao princípio da dignidade humana, e o argumento na defesa desses discursos de intolerância é o da livre expressão do pensamento, implicando novos desafios para a democracia.

É preciso, portanto, conhecer os limites da liberdade de expressão, pois a concretização de uma efetiva proteção deste direito, nas redes sociais, nem sempre ocorre de forma adequada, dada a amplitude de uma informação que pode ser veiculada e atingida por um grande público. Emblemático, nesse campo de discussão, é o caso do comediante Danilo Gentili e a condenação criminal por ofensa à deputada federal Maria do Rosário, a ser tratada no próximo tópico.

4 O CASO ENVOLVENDO O HUMORISTA DANILO GENTILI E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O humorista e apresentador de TV Danilo Gentili foi condenado, em 11 de abril de 2019, a seis meses e 28 dias de detenção, em regime semiaberto, por crime de injúria contra a deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), por ter publicado



em sua conta no Twitter, em 2016, mensagens em que chamava a parlamentar de “cínica, falsa e nojenta” (FABIO, 2019).

Diante disso, a deputada enviou uma notificação extrajudicial solicitando que o humorista retirasse o conteúdo. Em resposta à notificação extrajudicial enviada, o humorista gravou um vídeo em que abre a notificação, esconde com os dedos o início e o fim da palavra “deputada”, deixando apenas o meio (“puta”) visível. Logo em seguida, rasga a notificação, passa os papéis dentro de sua calça e dá a entender que os remeteria de volta à Câmara dos Deputados. Diante disso, a juíza Maria Isabel do Prado, da 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo, na decisão, afirma que o humorista ultrapassou os limites da ética e da liberdade de expressão. Por isso, o humorista foi condenado por crime de injúria (FABIO, 2019).

Nesse sentido, há que se ressaltar, de pronto, que as mensagens podem produzir efeitos controversos e devem, em princípio, ser combatidas com esclarecimento e confronto de opiniões em sentido contrário, não com a vedação pura e simples. Todavia, o exame atento do conteúdo da mensagem e da intensidade da discriminação revelarão se os limites da tolerância foram ultrapassados.

Como a Constituição assegura tanto a liberdade de expressão quanto a inviolabilidade da imagem da pessoa, sua honra, sua vida privada e sua dignidade, no momento em que esses direitos se chocam, trata-se de uma questão de decidir caso a caso qual direito deve prevalecer sobre o outro, o que se deve ter em conta que nenhum direito fundamental é absoluto e que, portanto, em situações de colisões de direitos fundamentais, há que se analisar com o intuito de sopesar os direitos envolvidos.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro protege o direito à liberdade de expressão, mas destina igual proteção a outros direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional. Portanto, é de suma importância saber distinguir quando o exercício regular de um direito se torna abusivo e, por conseguinte, passa a prejudicar outros direitos.

No caso específico, a discussão gira em torno do perigo de se abrir brecha para prisão de pessoas por suas palavras, consequência muito mais gravosa do que a mera condenação ao pagamento de indenização. Dessa forma, a recorrência de decisões como a que condenou o humorista Danilo Gentili poderá conduzir



não a uma cultura mais civilizada, mas a uma intensa disputa sobre quem estaria sendo ofendido por quem.

Outro fator importante a respeito dessa discussão refere-se ao fato de o comediante ter rasgado a notificação extrajudicial recebida para que retirasse das redes sociais o conteúdo ofensivo à deputada. Nesse caminho, importante destacar que nem tudo aquilo que o humorista diz pode ser qualificado como um ato humorístico ou um ato de crítica política, mas, ainda que de fato o seja, não é certo que toda manifestação de humor, ainda que crítica, seja necessariamente lícita.

Em muitas ocasiões, o exercício da liberdade de expressão, mesmo que aparentemente abusivo, não afeta de modo algum o exercício de outros direitos. Assim, ainda que o humorista tenha se excedido, uma vez que poderia transmitir a sua indignação como cidadão de outras maneiras, como, por exemplo, com perguntas ácidas ou cobrar explicações à parlamentar, preferiu agir de forma debochada, o que não deixa de ser uma forma de protesto e indignação, mesmo que ultrapassando os limites da boa convivência. Logo, o ato de rasgar um documento, apesar do escárnio, não é necessariamente uma afronta a liberdade de expressão.

Em suma, a atitude do humorista de rasgar a notificação extrajudicial recebida, colocado os papéis dentro de suas calças e remetido de volta à Câmara, promove a discussão a respeito dos limites da ética e da liberdade de expressão, uma vez que, segundo a condenação judicial de primeiro grau, se não houve intenção de ofender, Danilo Gentili poderia simplesmente ter procurado auxílio jurídico ou discordado da notificação. Assim, afirma que “ao revés, não contente com a injúria propalada, resolveu gravar um vídeo com conteúdo altamente ofensivo e reprovável, deixando muito clara a sua intenção de ofender” (PRADO, 2019).

O discurso de ódio é um elemento inibidor ao exercício da liberdade de expressão porque se baseia na intolerância e discriminação a indivíduos ou grupos, o que pode resultar na exclusão social ou em atos violentos, afetando a dignidade dos atingidos, implicando, assim, na violação de outros direitos fundamentais, o que não é o caso em questão.

A toda evidência, pessoas públicas, como parlamentares, naturalmente devem arcar com o ônus de uma diminuição das esferas de proteção dos direitos da personalidade, como a imagem e a privacidade, em favor da liberdade de



expressão. Isso não significa, todavia, uma total liberação para a ofensa e a humilhação, direta e pessoal. Evidentemente que a liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, precisa ser protegida, o que não se confunde com a apologia da ofensa e da humilhação estimulada por uma visão equivocada de absoluta liberdade de expressão.

Ademais, o caso do humorista Danilo Gentili e sua condenação penal reflete um problema atual que desafia a sociedade e os legisladores, a partir das disputas jurídicas e ideológicas em torno da bandeira da liberdade de expressão e a necessidade de encontrar soluções efetivas, equilibradas e democráticas para os chamados crimes contra a honra em um cenário potencializado pelo extenso alcance das redes sociais.

Trata-se de uma figura pública que encenou na frente de uma câmera, com uma estrutura cenográfica à sua disposição, que gravou e distribuiu conscientemente o vídeo em mídias sociais. Dadas todas essas circunstâncias, deve-se levar em conta que o direito à liberdade de expressão não pretere os demais direitos, não tendo tal liberdade uma dimensão unicamente individual, mas principalmente coletiva.

Cabe aqui trazer à baila o pensamento de Ronald Dworkin a respeito das manifestações de ódio, à medida que defende o discurso de ódio como um importante papel no que diz respeito à proteção dos direitos das minorias, pois ele contribui para que o Estado crie ações afirmativas para incluir os oprimidos e que são essas ações que garantirão a dignidade desses grupos e não o silêncio forçado dos intolerantes. Por isso, acredita que as restrições à liberdade de expressão, sendo admitidas pela sociedade, possam ser utilizadas por majorias legislativas ou pelo próprio governo com a intenção de calar a oposição política (SILVA, 2019). Dessa forma, Dworkin entende que a legitimidade democrática está diretamente ligada à liberdade de expressão e que, por isso, as manifestações de ódio devem ser toleradas.

Não se pode negar, todavia, que o comportamento do humorista Danilo Gentili em relação à deputada federal Maria do Rosário pode ter provocado um intenso e doloroso sofrimento à ofendida. Contudo, se aceitamos a proposição de que determinada expressão capaz de causar algum tipo de incômodo às pessoas, de modo geral, dá causa à proibição, teríamos que grande parte da controvérsia na política poderia ser censurada, o que faz dessa justificativa, pelo menos nesse



nível de generalidade, um critério inaceitável para a regulação da liberdade de expressão.

Para Daniel Sarmento (2010, p. 209-210), a liberdade de expressão não deve ser um direito evocado apenas para proteger opiniões de consenso, mas também aquelas para as quais a sociedade possa não estar preparada, que tragam novos problemas e fomentem as soluções para conflitos.

Assim, a liberdade de expressão está associada à tolerância em virtude da pluralidade social e do direito de cada um expressar-se livremente, tanto expondo seus pensamentos, mas também seu estilo de vida. Há, portanto, que se defender a livre manifestação do pensamento, mas deve haver também a preocupação com aquele que recebe o discurso, pois nem sempre a manifestação de um pensamento se faz de forma pacífica, podendo, inclusive, trazer prejuízos aos diferentes.

Feitas essas considerações, constata-se que o contexto ocasionado pela liberdade de poder expressar o que se pensa, juntamente com a tecnologia, tem trazido para o campo das ciências uma série de questões que requerem uma análise mais aprofundada. Nesse sentido, o exercício do poder de expressão, quando inofensivo a direitos alheios, e realizado em contexto onde se evidencia o respeito à dignidade humana, seria a legítima liberdade de expressão.

Cabe trazer aqui, nesse sentido, a ponderação trazida pelo Ministro Celso de Mello, que votou pelo indeferimento do Habeas corpus n. 82.424, optando pela liberdade de expressão irrestrita:

Não é a condenação do paciente por esta Corte – considerado o crime de racismo – a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir de diferentes opiniões sobre os mesmos fatos (BRASIL, STF, 2003).

Importante ressaltar que a tolerância ao discurso de ódio depende do ordenamento jurídico de cada país. Em especial, no Brasil, não há regulação específica contra o discurso de ódio, porém, a própria Carta Fundamental traz



limitações à liberdade de expressão e tutela, também, a dignidade humana. Assim, apesar da pluralidade de direitos garantidos, a Constituição da República não estabelece hierarquia entre eles, não se podendo escolher, portanto, de forma geral e abstrata qual direito deve prevalecer sobre o outro.

Com efeito, as modificações sociais a partir das tecnologias abarcam várias facilidades, porém acarretam problemas de diferentes ordens, por isso aprimorar mecanismos que facilitem a definição de contornos mais claros para a contextualização do exercício legítimo da liberdade de expressão se torna imprescindível. Dessa forma, o cerceamento de um direito está atrelado ao uso abusivo dele, e a linha entre o moderado e o inadequado, na maioria das vezes, pode ser muito tênue.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, analisou-se como a internet introduziu desafios adicionais para o uso da liberdade de expressão dos usuários, na medida em que buscou tutelar os aspectos constitucionais da aplicabilidade da liberdade de expressão, evitando a violação de outros direitos como também a abrangência desta liberdade como um direito de personalidade.

Como ressaltado, a liberdade de expressão é um direito essencial para impor ao Estado um limite de intervenção na autonomia dos cidadãos. Dentro das liberdades consagradas na Constituição da República, a liberdade de expressão é asseguradora da pluralidade de ideias e incentivadora do debate público.

Não obstante, a livre expressão atinge um amplo alcance na sociedade da informação, em que o discurso tem amplo poder de influenciar a formação de opiniões, seja positiva ou negativamente. Não obstante, incitar a violência e discriminar pessoas através de mensagens divulgadas na internet vão de encontro às finalidades resguardadas pelos outros direitos fundamentais.

Dessa forma, o direito à liberdade de expressão entra em tensão com os demais direitos constitucionais, trazendo consequências contrárias à concretização da liberdade de expressão. Ou seja, a democracia atual, que tem como base a pluralidade, a tolerância e o respeito às diferenças, perde seu viés deliberativo quando está diante do abuso desse direito.



Diante das ameaças aos valores humanitários, devem ser considerados todos os mecanismos, sejam eles presentes no plano interno ou internacional, para restringir a atuação e disseminação, principalmente, do discurso de ódio. Tudo isso considerando o caso em concreto, pois se busca não apenas uma repreensão aos infratores, mas também a possibilidade de que todos sejam livres e atuem de forma harmoniosa com o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOCCHI, O. H. **A liberdade de expressão no estado democrático de direito**: uma abordagem ética e solidária. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17981/a-liberdade-de-expressao-no-estado-democratio-de-direito>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424**. Relator: Ministro Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRUGGER, W. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/index>. Acesso em: 15 jun. 2019.



DONEDA, D. C. M. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, G. (org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FABIO, A. C. **O caso Danilo Gentili**. E o debate sobre liberdade de expressão. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/04/13/O-caso-Danilo-Gentili.-E-o-debate-sobre-liberdade-de-express%C3%A3o>. Acesso em: 15 jun. 2019.

FARIAS, E. P. de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAESANI, L. M. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, M. I. do. **Sentença**. Autos nº 0008725-44.2017.403.6181. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/danilo-gentili-condenado-prisao-injuria.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



SILVA, P. R. da. **O exercício da legitimidade democrática e o discurso de ódio:** uma análise a partir de Waldron e Dworkin. Disponível em: <https://seminariopg.jur.puc-rio.br/index.php/cadernoseminariopos/article/view/20/15>. Acesso em: 18 jun. 2019.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, A. K. **Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em: 10 jun. 2019.

WHITAKER, F. Rede: uma estrutura alternativa de organização. **Revista Mutações Sociais**. Rio de Janeiro, 2006.

INCLUSÃO DIGITAL: CUIDADO E PROTEÇÃO INTEGRAL NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA



Cláudia Cinara Locateli¹
Vinícius Almada Mozetic²

1 INTRODUÇÃO

A teoria da proteção integral orienta o sistema de proteção, promoção e defesa das crianças, bem como a criação e aplicação de políticas públicas, em atenção às normas e diretrizes das políticas internacionais, as quais o Brasil se comprometeu a cumprir. Ao legitimar a proteção integral, reconheceu a necessidade de considerar o cuidado nas diversidades e tempos das infâncias e estruturar, com base nesse cuidado, atenção especial e prioritária a uma época que compreende o nascimento até os seis anos de idade, por ser uma fase primordial ao desenvolvimento, aprendizagem e integração das crianças.

O Marco Legal da Primeira Infância orienta a formulação e a implementação de políticas públicas para as crianças que estão nessa faixa etária. O referido marco normativo é fundamental por assegurar o caminho entre as orientações da ciência e o avanço na efetivação do cuidado nos termos da proteção integral. A diligência pela garantia da integralidade e prioridade absoluta dos direitos das crianças estimulou a revisão do Plano Nacional pela Primeira Infância, reconhecido como política pública pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para o decênio 2020-2030. O plano nacional foi ampliado para atender aos grandes avanços trazidos pelo progresso das novas tecnologias, e que reflete em todos os aspectos da complexidade social. Para atender aos desafios da sociedade da informação e do conhecimento, o referido plano reiterou a aplicação da proteção

¹ Docente. Advogada. Mediadora. Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5225-194X>; claudialocateli04@hotmail.com

² Advogado. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Unoesc – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Pós-Doutor e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8801-990X>; mozetic.adv@gmail.com



integral como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988.

A atenção especial deve-se aos impactos gerados pelo advento das novas tecnologias da informação e comunicação no cotidiano das crianças que, de forma cada vez mais precoce e rotineira, são expostas às telas digitais. As novas tecnologias lidam com os processos de sedução e apropriação da informação e caracterizam-se por sua velocidade, capacidade de armazenamento e reprodução simultânea de textos, vídeos e sons, por meio de aplicativos e com auxílio da inteligência artificial. As dinâmicas promovidas pelas novas tecnologias, embora tenham sido observadas na reestruturação do PNPI 2020-2030, são insuficientes para garantir a inclusão digital em um cenário marcado pelas desigualdades estruturais e fragilidades das normas que compõem o sistema de proteção, promoção e defesa da primeira infância. Apesar de notáveis, as novas tecnologias desafiam cotidianamente o complexo processo da inclusão e proteção digital.

Não se pretende desconsiderar os significativos avanços que podem ser gerados pelos progressos tecnológicos e os impactos sociais na vida das crianças ativamente conectadas. O uso do ambiente digital pode facilitar o desenvolvimento de habilidades, oportunizar prósperas oportunidades, mas a ausência de limites e cuidados pode gerar sérios riscos à integridade física e psicológica das crianças. Essa ambivalência desafia o Direito e as políticas públicas direcionadas ao acesso digital à primeira infância. Nesses termos, o objetivo geral deste estudo é examinar, por meio da abordagem exploratório-analítica, derivada de pesquisa bibliográfica e documental, a necessidade de priorizar o cuidado na aplicação das normas e políticas públicas para salvaguardar os direitos fundamentais das crianças expostas à internet desde a primeira infância. Para atingir o propósito, o texto está organizado em tópicos que apresentam e discutem os objetivos específicos, sendo eles: a) reconhecer o cuidado na proteção integral das crianças na primeira infância na sociedade da informação; b) identificar ambiguidades da inclusão digital na fase especial de desenvolvimento da primeira infância; c) avaliar se o sistema de proteção, promoção e defesa das crianças na primeira infância prioriza o cuidado e a proteção integral para salvaguardar os direitos fundamentais das crianças expostas à internet.

2 PROTEÇÃO INTEGRAL E CUIDADO À PRIMEIRA INFÂNCIA



A necessidade de práticas humanizadas que atendam ao cuidado integral e integrado, nos primeiros anos de vida, foi evidenciada nos estudos desenvolvidos por neurocientistas estadunidenses, os quais demonstraram que o período dos primeiros anos de vida é o de mais rápido desenvolvimento cerebral, cujo propósito é desenvolver habilidades cognitivas e não cognitivas que demarcam efeitos sobre futuras capacidades e aptidões das crianças. Os resultados das proeminentes pesquisas da década de noventa passaram a integrar as agendas políticas internacionais e legislações nacionais.

Um pouco antes, o Comitê dos Direitos da Infância, da Convenção dos Direitos da Criança, já havia indicado detalhes técnicos e pedagógicos para proteger a primeira infância³. Sensibilizados, os especialistas do Banco Mundial criaram a teoria do capital humano que afirma que é nessa fase inicial da vida que criam-se “[...] janelas de oportunidade [...]”⁴ (BANCO MUNDIAL, 2011), corroborando a tese de ser necessários investimentos para fomentar o desenvolvimento físico, emocional e cognitivo desde a concepção⁵.

Os investimentos para alcançar níveis satisfatórios de crianças saudáveis e seguras na primeira infância foi reconhecido como meta na Agenda 2030 da ONU, em especial no ODS 4, que alinha o desenvolvimento sustentável à educação⁶ de qualidade (ONU, 2020). O direito à educação deve ocupar um lugar central no conjunto de direitos fundamentais, haja vista sua importância no desenvolvimento

³ O Comentário Geral n. 7 orienta que os direitos da primeira infância requerem proteção especial desde a concepção.

⁴ Em 1980, o Banco Mundial emitiu o “Documento de Política Educacional” para concentrar investimento público na educação primária. Em 1995, o documento foi revisado e reeditado como “prioridades e estratégias para a educação”, adotando além dos investimentos, políticas de descentralização dos sistemas educacionais e autonomia a escolas, indicadores de desempenho. No ano de 1999, foi emitida a primeira estratégia oficial do setor de educação denunciando desigualdades em países em termos de aprendizagem com foco em crianças – educação infantil – mais pobres e inovação por meio de Tecnologias da Informação e Comunicação. Atualizada em 2005, culminou na Estratégia 2020 “Aprendizado para todos” com foco no desempenho educacional (BANCO MUNDIAL, 2011). As estratégias políticas focam em soluções indicadas pelo mercado que afetam a isonomia pela desatenção às causas das desigualdades.

⁵ O Banco Mundial indica que a projeção de investimentos nessa fase é viável, o que justifica os esforços para promover a interlocução entre instituições, inclusive do sistema de justiça, para diagnosticar e selecionar boas práticas.

⁶ A educação é um processo contínuo e duradouro que leva o homem a construir o conhecimento necessário para realizar seus propósitos de vida e, conseqüentemente, possibilita o desenvolvimento da nação em todos os aspectos.



e na preservação da dignidade humana. A estratégia desses investimentos indica proporcionar resultados razoáveis para promoção das crianças em condições de vulnerabilidade geradas pelas desigualdades, imbricadas pelos marcadores da raça e classe (CRENSHAW, 1991), reafirmando a garantia de direitos especiais às crianças em benefícios futuros à sociedade.

Foi então que, atenta às diretrizes da Declaração dos Direitos da Criança e às normas da Convenção sobre Direitos da Criança⁷, algumas prioridades foram concedidas pelas normas constitucionais às crianças e aos adolescentes. Com o objetivo de concretizar o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 2016, foi instituído, pela lei 13.257, o Marco Legal da Primeira Infância – MLPI, que supõe atender à tríade da proteção, promoção e defesa articulada com conjunto de princípios e estratégias em atenção ao cuidado. Nesse sentido, cuidar deve ser mais que um simples ato, momento de atenção e zelo, ele deve representar atitudes de preocupação, responsabilidade e envolvimento afetivo com o outro (BOFF,1999), para superar as prerrogativas individualistas.

Não obstante o avanço normativo promovido pelo complexo sistema de proteção, promoção e defesa das crianças e adolescentes garantir o desenvolvimento pleno desde a primeira infância, depende para sua implementação de atenção especial das políticas públicas como campos multidisciplinares que inter-relacionam os planos, programas, projetos bases de dados para que os estratégicos investimentos estatais sejam implementados e tragam resultados na promoção de infâncias saudáveis, e retorno por meio da criação de alicerces que projetem um futuro com coeficientes que reduzam as privações e desigualdades sociais.

Em atenção aos indicativos, foi aprovado um plano estratégico em 2010, ampliado e atualizado em 2020. O novo PNPI 2020-2030 é um documento político e técnico que orienta decisões, investimentos e ações e consolida uma proposta de arrojada política pública com metas para o novo decênio. Com aval

⁷ Além dos citados, atende ao Plano de Educação de Dacar 2000-2015, aos Objetivos do Milênio, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, documentos de que o Brasil também é signatário e com os quais está comprometido. Ele se articula, também, com outros Planos e compromissos nacionais como o Plano Nacional de Educação, Plano Nacional de Saúde, Plano Nacional de Assistência Social, Plano Nacional de Cultura, Plano Nacional de Combate à Violência contra a Criança, Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e pelas cláusulas gerais poderá se atualizar com outros planos que venham a ser elaborados.



do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, o PNPI 2020-2030 se consolida como importante instrumento que, por ser elaborado por equipe multidisciplinar, indica ações estatais sistêmicas e efetivas na implementação do Marco Legal pela Primeira Infância e demais políticas públicas direcionadas à primeira etapa da vida.

O referido plano, atualizado pela Rede Nacional Primeira Infância – RNPI, demonstra aptidão para sincronizar a proteção, promoção e defesa das crianças que estão na faixa etária de zero a seis anos por meio de serviços que atendam às especificidades desse período especial de desenvolvimento. A partir dele, as normas e políticas públicas da infância reconhecem a necessidade de priorizar o cuidado e a proteção integral às crianças, na primeira infância, por ser um grupo social que, em projeções estatísticas⁸, é responsável por aproximadamente 9% da população brasileira. Trata-se de grupo composto por sujeitos de direitos, como base para definir metas e ações para alcançar eficácia aos direitos fundamentais assegurados.

O PNPI 2020-2030 propõe metas que exigem atuação interseccional dos órgãos que tutelam o sistema de proteção das primeiras etapas da vida, época em que se tem melhores oportunidades de desenvolvimento cerebral e, portanto, é o período de maior vulnerabilidade (BOWLBY, 2002)⁹. A ausência de condições necessárias ao desenvolvimento, nesse período sensível, como as decorrentes da fome, desnutrição, violência, negligência, abuso, desafeto, impactam negativamente na criança e podem gerar, dentre outros danos, os ocasionados pelo “estresse tóxico”, que é responsável por desencadear reações no organismo e na formação das sinapses, e se projeta negativamente por toda a sua vida.

O plano nacional revigora o MLPI, que já havia reconhecido o cuidado e o afeto como a base para formação dos vínculos necessários ao desenvolvimento infantil, e reforça que, desde o nascimento, a criança é cidadã. Para o MLPI, cuidar adequadamente das crianças é preciso, além disso, alerta para a necessidade de se ampliar o cuidado para possibilitar cuidar de quem cuida das crianças, só assim se

⁸ Os dados estatísticos foram obtidos na projeção do IBGE para 2020 (IBGE, 2020).

⁹ John Bowlby construiu a teoria do apego a partir das estruturas da teoria da origem de Charles Darwin. Os estudos de Bowlby (2002) foram confirmados por pesquisas desenvolvidas em Harvard e indicam que a construção da arquitetura cerebral precisa seguir uma sequência, sendo que as experiências da primeira infância podem causar alterações nas demais etapas da vida (HARVARD UNIVERSITY, 2017).



efetivará a parentalidade positiva e responsável. A partir dessa lógica, devem ser desenvolvidas políticas que ampliem o apoio e a estrutura para famílias e cuidadores.

Nesse sentido, o MLPI permitiu ampliar a licença parental¹⁰ e promoveu alteração legislativa que possibilitaram que mulheres mães e gestantes cumpram sua pena provisória em regime domiciliar. Além disso, reforçou a atenção integral, multidimensional e interseccional para promoção do cuidado no desenvolvimento adequado. Para tanto, e diante das mudanças sociais, o PNPI 2020-2030 incluiu capítulo sobre as ODS, sistema de justiça e criança, criança e cultura, empresa e primeira infância, e direito à beleza. Para o sistema de justiça, o plano revela a prioridade da prevenção e solução qualificada e imediata para ofensas aos direitos das crianças. Em 2019, a união de forças do sistema de justiça, órgãos vinculados aos poderes executivo e legislativo, bem como entidades do terceiro setor, conduziram a assinatura do Pacto Nacional da Primeira Infância que inclui medidas e ações integradas para dar densidade ao MLPI sintonizado com o PNPI 2020-2030 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

O PNPI 2020-2030 também enuncia precaução com a exposição precoce e rotineira das crianças aos meios de comunicação e telas digitais. Como política pública, reconhece o direito à inclusão digital com o alerta de que o uso desmedido, em desatenção às orientações da Sociedade Brasileira de Pediatria e a Organização Mundial da Saúde, causa riscos que podem comprometer o desenvolvimento saudável. Aqui, centram-se os principais desafios da ambivalência de um direito fundamental de acesso à internet, o portal de acesso ao ambiente e ferramentas digitais, e a garantia da proteção, promoção e defesa dos direitos fundamentais das crianças precocemente expostas pela maior propensão às vulnerabilidades.

Não se pode esquecer que as crianças são sujeitos de direitos em formação, e que, nesse ambiente digital, devem ser o centro das atenções e proteção. Não resta dúvida de que, para elas, a interconexão em um mundo globalizado permite a comunicação, o acesso à informação e ao conhecimento, o que pode implicar inúmeros benefícios em termos de aprendizado, educação e participação, ajudando a moldar suas experiências de vida, explica Escudero (2020). O acesso

¹⁰ A licença parental dos empregados das empresas optantes do Programa Empresa Cidadã foi ampliada para vinte dias, e ainda alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT para permitir que o pai exerça os deveres parentais e acompanhe em até dois dias sua esposa ou companheira a consultas médicas ou exames durante a gravidez e um dia por ano para acompanhar o filho de até seis anos a consultas médicas.



digital oferece oportunidades aparentemente ilimitadas de aprender e socializar, brincar, ter histórias para contar e espaços para serem ouvidas (UNICEF, 2017).

O entusiasmo inicial sobre as perspectivas da informação ao alcance de todos que seria promovida pela rede mundial de computadores – *world wide web* – parecia indicar a inclusão digital e reforçar que as crianças inseridas precocemente ao ciberespaço teriam mais oportunidades e seriam amplamente beneficiadas por constituírem uma geração de “nativos digitais”. A facilidade de acesso foi celebrada, a democratização não se efetivou, mas a exposição rotineira às telas digitais permitiu avançar nos estudos que identificaram os danos que o excesso pode causar à saúde das crianças. Além desses estudos, o ambiente virtual expõe as crianças a riscos vinculados à exploração comercial, *cyberbullying*, exposição à pornografia extrema, ódio ou automutilação, e o compartilhamento de imagens e transmissão ao vivo de abuso sexual infantil (LIVINGSTONE; BULGER, 2014).

No ambiente digital, a inconsistências entre os benefícios e riscos exige prudência na autorização de uso e tratamento de dados pessoais de crianças e deve ser realizada em seu melhor interesse. Nesse sentido, Ayma (2006) defende que as crianças estão em processo de desenvolvimento e, por esse motivo, devem ser consideradas especialmente vulneráveis. As violações de direitos que elas possam sofrer serão mais graves do que aquelas que podem ser sofridas por pessoas maiores de idade ou com capacidade total para agir. É por isso que as crianças na tenra idade devem ser hiperprotegidas, e o sistema jurídico deve ser composto de instrumentos garantidores dessa proteção.

3 DESAFIOS DA INCLUSÃO DIGITAL NA PRIMEIRA INFÂNCIA

A sociedade da informação e do conhecimento tem exigido rápidas mudanças pela promoção de múltiplos impactos sociais e jurídicos. A partir da metade da década de setenta, fez-se emergir uma nova caracterização social marcada pela comunicação. A nova sociedade projetou efeitos em todas as atividades e áreas, e hoje ocupa um lugar que favorece o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação. Atento às novas dinâmicas, Mozetic e



Silva Babaresco (2020, p. 209) aduzem que “Há uma revolução” tecnológica no Direito, centrada em torno da tecnologia da informação, a qual preocupa porque está mudando a base material da sociedade e da própria ciência jurídica em ritmo acelerado.”

Nessa sociedade, pretende-se o acesso democratizado, universal, da informação e do conhecimento, por meio da tecnologia. A perspectiva é ampliar o uso do ambiente digital pelo processo de democratização do direito de acesso à internet. Para Rankine (1987, p. 292), a facilitação desse acesso permite “[...] o desenvolvimento de uma capacidade até agora não imaginada de ampliar o intelecto humano.” Amplia-se a capacidade de armazenar informações, o que proporcionará uma utilização para o progresso e bem-estar humano. Atento aos benefícios, o direito comparado, em especial, o europeu e a orientação da Organização das Nações Unidas estimularam a propositura do projeto de lei n. 6/2011 que prevê a inclusão do direito de acesso à internet no rol dos direitos fundamentais sociais. O reconhecimento infraconstitucional já consta na lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet – MCI, que garante o acesso à internet a todos por ser essencial ao exercício da cidadania.

Na primeira infância, o reconhecimento do acesso à internet como direito fundamental impulsionará a inclusão digital e trará consigo instigantes desafios que deverão ser enfrentados sob a dimensão das garantias normativas e procedimentais, e por adequadas políticas públicas em atenção ao cuidado, à proteção integral, prioridade absoluta e superior interesse das crianças, sem perder o foco das necessidades especiais nas diferentes faixas etárias e de desenvolvimento infantil. Os desafios da inclusão digital podem exigir mais que a adequação normativa, regulação da arquitetura e design do ambiente virtual, necessitará de interpretação sistêmica das normas que compõem a regulação como estratégia que beneficie as fases e vivências interculturais das infâncias no país.

Em termos conceituais, a inclusão digital não é consenso pelas ambiguidades que o próprio termo apresenta. Pode-se considerar a inclusão pela democratização do acesso às novas tecnologias, conjugada ou não com o treinamento para o uso dos recursos tecnológicos disponíveis no ambiente virtual. Não parece adequado

¹¹ Para Pérez Luño (2012, p. 31), “A revolução tecnológica tem redimensionado as relações do homem com os outros homens, as relações entre o homem e a natureza, também as relações do ser humano consigo mesmo. Estas mutações continuaram a afetar a área do Direito.”



que a ampliação do acesso às condições materiais em desatenção aos processos cognitivos possa promover a efetiva inclusão digital. O PNPI 2020-2030 segue às orientações da Unicef e Cepal (CEPAL, 2020; UNICEF, 2017), reconhece o direito de acesso à internet e contempla o desafio da inclusão digital de crianças que, de alguma forma, poderão ser ou manter-se excluídas, mas não avança no aprofundamento técnico da acepção e das estratégias de enfrentamento das desigualdades interseccionais que borram as infâncias.

O dualismo da inclusão e exclusão digital parece, inclusive nos termos das políticas públicas, aproximar-se da categoria “exclusão social” mantendo perigosos vácuos nos termos técnicos que podem reproduzir efeitos na implementação de normas de proteção que desatendam as dimensões das desigualdades. Pela acepção conceitual da exclusão social, e por seus estigmas, pode-se perpetuar as assimetrias e privações de direitos, o que configura obstáculos à eficácia das orientações do PNPI 2020-2030, que aposta na democratização do acesso às novas tecnologias como o vetor-chave para romper com a reprodução intergeracional das desigualdades.

O acesso e o treinamento para o uso das ferramentas no ambiente digital, isolados, são ineficazes, esbarram nos graves problemas da insuficiência de renda, localização geográfica, inadequação cultural, capacidades e habilidades, autonomia, gosto e desejo e serão insuficientes para garantir oportunidades na sociedade da informação, embora possam ser considerados elementos emancipadores que, em determinadas circunstâncias, podem permitir prosperar (SELWYN, 2008).

Para as crianças que estão tendo a oportunidade de ter contato cotidiano com as tecnologias vinculadas à internet por celular, computador, jogos e brinquedos eletrônicos, haverá benefícios gerados pela habilitação ao uso das tecnologias e, aos poucos, podem ajudar a construir uma cultura mais apropriada ao mudo digital. O acesso frequente à internet pode ampliar a capacidade de conectar pessoas e cultura do mundo todo (CASTELLS, 2003), de forma a permitir acessar bases variadas de conhecimentos, ampliando as oportunidades de interações profissionais, educacionais, culturais e econômicas.

Como alerta, o PNPI 2020-2030 reproduz às orientações da Sociedade Médica de Pediatria e da Organização Mundial da Saúde e sugestiona evitar intensa exposição precoce das crianças, especialmente entre zero a três anos



de idade aos meios de comunicação e ao uso de telas digitais. O uso desmedido por elas do ambiente virtual pode acarretar riscos¹² no aprendizado, memória, raciocínio superficial, e estrutura cognitiva. As crianças podem tornar-se reféns de um ambiente desterritorializado, persuasivo, que orienta as subjetividades, e sua instantaneidade e fluidez pode causar sérios danos ao desenvolvimento infantil. Os riscos são, em parte, ocasionados pela arquitetura digital que, direcionada à internet das coisas, (LACERDA; LIMA-MARQUES, 2015) e pelos padrões de operabilidade, valoriza a conectividade e os superestímulos ao consumo e às aparências, o que pode formar personalidades insensíveis às diferenças e a valores da alteridade e, dessa forma, incutir o apelo social de pertencimento, promovendo intolerâncias e discursos de ódio.

Ainda, Escudero (2020, p. 52) teme que a consequência do acesso massivo à informação na web supere a concepção de simples receptores para tornarem-se centros independentes de geração de conteúdo. A falta de filtros e maturidade das crianças expostas às plataformas virtuais pode, pela facilidade de persuasão, reprisar informações falsas e facilitar a réplica dos atos que estimulam a violência por repetição. Os receios da inclusão digital das crianças na primeira infância não devem causar pânico, pelo contrário, devem estimular a perspectiva emancipatória de acesso democrático ao ambiente e ao uso de ferramentas seguras que contemplem conteúdo digital educativo articulado com as diferentes culturas, tradicionais e digitais, para desenvolver o discernimento por meio de uma progressiva autonomia de vontade na tomada de decisões.

Para atingir essa meta de emancipação, o tempo destinado ao acesso da internet deve ser permeado pela responsável mediação parental, o qual deve balizar o equilíbrio entre as escolhas de uso e a redução do paradoxo entre o tempo presente e o futuro para permitir viver e “ser criança”, brincar, contemplar a natureza, ter contato com animais, fora do ambiente virtual. Logo, restringir o precioso tempo da primeira infância para dedicá-lo ao desenvolvimento de habilidades digitais que focam somente na projeção de um futuro próspero, permeado de estímulos às tarefas e realizações, padronizações de estabilidade e renda, é, economicamente, fascinante e reducionista. Os parâmetros para a mediação de acesso recomendam aos cuidadores o rígido controle pela ausência do cuidado e interesse superior na

¹² Riscos são situações que podem gerar comprometimento de suas condições físicas e psicológicas das crianças, e gerar impacto na vida, em termos sociais, físicos e emocionais.



regulamentação do uso das plataformas digitais pelas crianças de tenra idade, em especial, do nascimento aos três anos de idade, pela comprovação dos malefícios que o excesso de exposição às telas pode gerar¹³.

Torna-se necessário, nos termos apresentados, repensar políticas públicas sazonais que atinjam as diferentes infâncias e etapas de desenvolvimento das crianças em seu melhor interesse, e oportunizar, na medida do possível, serem ouvidas nesse processo para não permitir que os adultos sempre tomem decisão em assuntos que as afetam (LIVINGSTONE; BULGER, 2014). Esse imenso desafio do direito de acesso à inclusão digital exige ações e práticas integradas dos pais/cuidadores, do Estado e demais setores da sociedade pela lógica do cuidado integral e coletivo, e da corresponsabilização.

Atingir o equilíbrio da proteção integral, cuidado e do melhor interesse das crianças na tenra idade exige mudança cultural a ser alcançada pelas campanhas educativas das políticas públicas, por uma nova arquitetura de design mais apropriado às infâncias nas mídias digitais, ferramentas que filtram e bloqueiam conteúdos inadequados, como os de cunho consumerista, os que violam reconhecimento das diversidades, e os que promovam violência ou discriminação. Além deles, o PNPI 2020-2030 destaca a gravidade da economia de dados, rastreamento de hábitos e preferências e outras formas de assédio e violações ao direito à privacidade.

4 CUIDADO E PROTEÇÃO INTEGRAL NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA

O rápido desenvolvimento das tecnologias digitais exige assegurar às crianças, desde a primeira infância, o resguardo de direitos, orientado pela ética do cuidado e da corresponsabilidade. A nova cultura digital, presente na sociedade da informação, permite conectar diariamente à internet e acessar informações, bens e serviços direcionados ao público infantil, o que, por si

¹³ Dentre os danos do excesso de exposição às telas, o PNPI 2020-2030 destaca o analfabetismo corporal, dessensibilização do corpo, percepção dos espaços planos pela ausência da tridimensionalidade das experiências, falta de interação humana, substituição da imposição de limites pelo uso das telas, o fenômeno da criança vidrada, ausência da reciprocidade do afeto e amor (PNPI, 2020).



só, gera mais vulnerabilidades. O ritmo veloz do avanço tecnológico não é acompanhado pela legislação, e ainda que os novos eventos fossem possíveis de serem imaginados, a internet desafia os padrões jurídicos de proteção de crianças exigindo ampliar a cultura digital no sentido de acompanhar os preceitos de bem-estar infantil permeados pelo cuidado nas diversas infâncias e fases especiais de desenvolvimento.

Esses termos inserem-se no contexto da proteção integral que rompe a ideia de objetificação, colocando as crianças como titulares de direitos especiais por serem pessoas em processo especial de desenvolvimento. As crianças, na sociedade da informação, segundo Mozetic, Trindade, Moller (2018), precisam ser efetivamente consideradas como sujeitos de direito, cidadãos, e, portanto, devem ter a oportunidade de galgar um futuro melhor, mais seguro em um ambiente sadio. O cenário digital, mesmo que impreciso, impõe o desafio transdisciplinar de facilitar a inclusão, o que reforça a importância de debater os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais da liberdade de expressão, direito à informação, vida privada, intimidade, imagem e inviolabilidade do sigilo, que também compõem a gama de proteção e promoção de dados pessoais inseridos na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD¹⁴.

A proteção integral deve garantir o livre desenvolvimento da personalidade das crianças que, segundo Doneda (2019), foi o princípio que estruturou a proteção e o tratamento dos dados pessoais e deve ser interpretado de forma abrangente e sistêmica para alcançar o superior interesse e a prioridade absoluta às crianças na primeira infância. As disposições gerais LGPD, no Brasil, dispõem sobre o tratamento de dados pessoais, nos meios digitais, inclusive, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger a gama de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Mas, ainda que a LGPD seja omissa em relação ao cuidado singular, nos termos da doutrina da proteção integral, não ignora as demais normas de proteção, promoção e defesa, pelo contrário, evoca-as. Assim, normatiza a interpretação sistemática que amplia a gama de proteção e prioriza o interesse

¹⁴ A Lei Geral de Proteção de Dados de 2018 foi influenciada pela Lei Europeia de Proteção de Dados Pessoais.



superior das crianças¹⁵ nos termos da legislação pertinente¹⁶. Essa cláusula geral resultou das conquistas históricas que foram traduzidas nos instrumentos legais com a pretensão de ampliar a proteção, se bem que o reconhecimento do avanço não induz adequação estrutural com suficiência de inibir as adversidades e vulnerabilidade geradas pela constante exposição das crianças ao ambiente virtual.

No que diz respeito à proteção da primeira infância, a fragilidade dos instrumentos jurídicos tem gerado insegurança nos termos de autorização do uso e tratamento de dados pela facilidade de exposição de informações, preferências, imagens e faz refletir sobre uma possível reconfiguração de direitos, dentre eles, o da privacidade. Para Burch (2018), um dos maiores problemas é que plataformas como a do *Facebook* dão a impressão de que é possível controlar a própria privacidade, definindo suas configurações de certas maneiras¹⁷. Para o uso e acesso aos bens e serviços das plataformas do *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *TikTok*, é necessário firmar o consentimento nos termos de adesão padronizados que autorizam o tratamento de dados. Não há meio de discutir as cláusulas contratuais que não prezam pela clareza e transparência e podem invisibilizar múltiplas e variadas formas de violações.

O tratamento de dados permite conhecer as pessoas, suas preferências e seus dados sensíveis possibilitam manipular comportamentos, o que é extremamente perigoso à democracia, e pode engessar o desenvolvimento social (RODOTÁ, 2008). A oportunidade de lidar com o processamento de dados pode apresentar falhas, como a nulidade ou a portabilidade indevida, sem prezar pelo melhor interesse das crianças na tenra idade. Ainda, a manipulação de dados pode influenciá-las facilmente pela sua ingenuidade e promover outras formas de alienação, e permitir que se deixem levar pelas informações obtidas colocando em risco direitos fundamentais.

Embora se oriente priorizar as experiências sensoriais que promovam simultaneamente o desenvolvimento afetivo, cognitivo e motor na primeira infância, o incentivo e os resultados do acesso têm estimulado os pais e cuidadores

¹⁵ Artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados.

¹⁶ A aplicação da hermenêutica sistêmica indica observância das Convenções Internacionais, normas e princípios constitucionais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Marco Legal da Primeira Infância, Código Civil e demais normas esparsas à luz do melhor interesse e da proteção integral.

¹⁷ Tradução livre dos autores.



a permitir o uso habitual com descuido ao tratamento dos dados pessoais. Pais orgulhosos pela demonstração das habilidades dos filhos, aliviados pelo efeito calmante das telas e, desatentos, exibem, desde a concepção, imagens das crianças, inclusive dos exames de ultrassonografia, de modo que expõem a intimidade e dados sensíveis desde a concepção, deixando rastros digitais atemporais com exposição não consentida¹⁸.

A falta de prudência no acesso ao ambiente digital indica a necessidade de ampliar campanhas educativas, políticas de capacitação, ações de controle de tempo no uso, e orientações legislativas para aperfeiçoá-la por faixas etárias para fins de proteção dos dados, privacidade, imagem e demais direitos fundamentais das crianças (LIVINGSTONE; STOILOVA; NANDAGIRI, 2019). Essas medidas não têm avançado adequadamente no país, pelo contrário, tem-se evocado a inclusão digital priorizando à ampla liberdade no uso com ciência dos adultos que, por desconhecerem ou não se importarem, autorizam, mesmo sem a concordância de ambos os genitores, a superexposição da imagem e dos dados das crianças.

Isso tem ocorrido porque a lei de proteção de dados exige consentimento específico a ser concedido por, pelo menos, um dos pais ou responsáveis legais, na faixa etária do nascimento aos doze anos de idade. Nos termos legais, a autorização parental é um veículo instrumentalizador de direitos dos filhos que permite conduzi-los à autonomia privada em termos progressivos e gradativos por meio de uma educação emancipadora (TEIXEIRA, RETTORE, 2020). A autorização unilateral concedida por um dos pais ou representante legal¹⁹ está em contradição à legislação pertinente e somente poderá ser permitida, pela possibilidade de divergência parental com suprimento judicial²⁰. Interpretação contrária viola o melhor interesse nos termos da proteção integral.

Ainda há que se considerar que a dependência do consentimento dos pais para processar os dados pessoais das crianças pode apresentar deficiências.

¹⁸ O fenômeno do *Sharenting* tem se intensificado nas redes sociais demonstrando a complexidade da nova dimensão do direito à privacidade, eis que as crianças não têm nenhum tipo de controle em relação à decisão dos pais (STEINBERG, 2017).

¹⁹ Em países europeus, a exemplo da Irlanda, há mais flexibilidade, a autorização para o uso e tratamento de dados das crianças pode ser dado pelos parentes naturais na linha reta e colaterais de até segundo grau (MOZETIC; SILVA BABARESCO, 2020).

²⁰ Nos termos do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente combinado com o art. 1634 do Código Civil e com o parágrafo único do art. 1631 do mesmo diploma legal, no exercício do poder familiar, os pais têm dever de representar os filhos que estão na faixa etária que compreende o nascimento até os dezesseis anos de idade. Em caso de divergências no exercício da autoridade parental, é assegurado aos genitores ajuizar ação para preservar o melhor interesse dos filhos.



Nesse sentido, é possível que o consentimento não tenha validade e possa gerar implicações nas informações ou dados incorretos, tornando todo e qualquer processamento de dados nulos. Além disso, existe uma grande dificuldade, mesmo com toda a tecnologia à disposição, que é a verificação desse consentimento: se ele está realmente em consonância com a lei. De acordo com a Lei 13.709/2018, o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado em seu melhor interesse como um critério significativo na decisão e na aplicação da lei.

A LGPD, como está, parece desconsiderar a complexidade da proteção dos direitos fundamentais pela forte tendência consumerista de privilegiar a autodeterminação informativa pela insuficiência de autorregulamentação específica das relações no ciberespaço, o que pode colocar em risco o sistema jurídico (RODOTÀ, 2004 *apud* TRAMONTINA; CUNHA E CRUZ, 2019)²¹, em especial, no que se refere à proteção infantil. Nos termos, a revisão legislativa deve apropriar-se das cláusulas gerais em sintonia com princípios e regras relativas à primeira infância, especialmente porque, nessa faixa etária, as crianças sentem-se atraídas pelas mídias interativas que são disponibilizadas e com a ausência de controle mais rígido de acesso e do *design* das ferramentas destinadas ao público infantil, ficam à mercê do cuidado, por não atender às necessidades das diversas infâncias. Nessa nova fase, emerge a necessidade de construção de uma cultura digital. A LGPD perdeu a oportunidade de normatizar o cuidado integral e integrado e em termos coletivos, engajado com as normas do MLPI e estratégias do PNPI 2020-2030, que traduzem orientações do OMS e Sociedade Brasileira de Pediatria.

O privilégio dado à ampla liberdade no uso da internet atende aos interesses econômicos, o que faz perceber o crescimento de práticas rotineiras que adotam dispositivos interativos, nos primeiros anos de vida, de forma contrária às orientações científicas dos malefícios e impactos futuros na saúde e desenvolvimento infantil. Os estudos evidenciam que a LGPD não reconheceu de forma adequada o cuidado às crianças do nascimento aos seis anos, uma vez que, para alcançá-lo, exige-se, além das normas, política pública sazonais de saúde e de bem-estar infantil com aptidão de auxiliar os pais e representantes

²¹ No contexto, as premissas de um determinismo tecnológico podem afetar a concepção de autonomia da vontade, e, por conseguinte, impor reflexos à dignidade da pessoa humana (TRAMONTINA; CUNHA E CRUZ, 2019).



legais na conscientização do uso gradativo e limitado das tecnologias e atenção na exposição dos dados dos filhos como forma de protegê-los (STEINBERG, 2017).

Aos pais compete realizar essa mediação de forma a acompanhar, fiscalizar e controlar o compartilhamento de informações e o acesso aos programas, bens e serviços disponíveis na internet, com zelo e responsabilidades. Livingstone e Bulger (2014) entendem que o compartilhamento pode ser definido como a prática em que os pais usam as redes sociais para comunicar informações pessoais, especialmente imagens, sobre seus filhos menores. O cuidado integral exige cautela e prevenção, eis que as famílias, como dito, podem compartilhar detalhes da vida dos filhos em seus perfis pessoais, mas, nesse caso, é criado um conflito entre o direito à privacidade dos pais e filhos menores. Por esta razão, a mediação parental consciente permeia a orientação, o diálogo, o incentivo de uso responsável, restrição de tempo de uso, adoção de software ou ferramentas para filtrar ou restringir atividades, monitorar o registro das atividades *on-line*. Tudo isso deve compor a educação digital emancipatória das crianças.

Contudo, é preciso ser prudente. A negligência dos pais na primeira infância dos filhos pode caracterizar o abandono digital por gerar danos a estes, incorrendo os genitores nas sanções previstas em lei devido à imprudência e negligência do exercício da autoridade parental. Porém, como a democratização da inclusão digital parecer ser inadiável e irreversível, a facilitação sob a custódia da ética do cuidado coletivo e da corresponsabilidade é emergente, deveres que não incumbem exclusivamente aos pais e representantes legais, mas à sociedade e ao Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cuidado como dever jurídico no contexto da proteção integral deve ser ampliado na primeira infância pela importância crescente de repensar estratégias de proteção, promoção e defesa das crianças de forma articulada, solidária e compartilhada. A elaboração de políticas públicas sazonais, mais específicas, e não padronizadas, torna-se essencial para atender às necessidades das infâncias, que, expostas ou não, ao ambiente digital, têm fases especiais de desenvolvimento marcadas pelas dinâmicas dos marcadores sociais das desigualdades.



Repensar novos e estratégicos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais torna-se emergente para atenuar os riscos e evitar danos que a democratização da inclusão digital pode gerar. Alcançar o cuidado integral e integrado, em termos coletivos e de corresponsabilidade, implica considerar, além das políticas públicas, a omissão, que parece proposital, da LGPD que não acompanhou as diretrizes da teoria da proteção integral contemplada pelo sistema protetivo, normas e diretrizes do MLPI e do PNPI 2020-2030. A estrutura da LGPD manteve bases estruturais de leis revogadas que categorizavam e ampliavam as assimetrias das crianças desde a primeira infância, uma opção estrutural que atende a anseios consumeristas das tecnologias da informação e cria novos obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais. Conectar o cuidado, proteção integral das crianças, na primeira infância, com a inclusão digital e a proteção de dados, não pode prescindir do debate acerca das ambiguidades que circundam as oportunidades e os fatores de risco.

A democratização do direito de acesso à internet e sua configuração como direito fundamental deve facilitar a inclusão digital, o que requer urgência na revisão da LGPD em relação à autorização de uso e tratamento de dados de crianças de tenra idade. Essa autorização reflete uma nova realidade frente às novas tecnologias da informação e comunicação e aponta como requisito o consentimento parental verificável e seguro. No entanto, a LGPD não assegura os preceitos da corresponsabilidade parental ao permitir que um dos genitores, de forma unilateral, autorize e não esclarece como se dará a obtenção desse consentimento por controladores de serviços on-line. A norma enfrenta os desafios práticos relacionados à interpretação e implementação das novas tecnologias. Portanto, as fragilidades identificadas no sistema de proteção, promoção e defesa das crianças expostas à internet, na primeira infância, devem ser combatidas no contexto da mediação parental, das normas e políticas públicas, com investimentos que priorizem o ideal da proteção integral e melhor interesse para salvaguardar os direitos fundamentais.

Os mecanismos de efetivação não acolhem a concepção de fazer esforços razoáveis para obter o consentimento verificável dos pais. Nesse sentido, a LGPD é insuficiente para conferir proteção aos dados das crianças de tenra idade no ambiente virtual: além de elas serem reféns de mensagens subliminares do capitalismo de vigilância, são alvos da alienação que legitima as relações de



poder, e dessa forma, não oportuniza navegar em ambiente seguro. Ao Estado compete avançar na normatização do dever do cuidado coletivo, integral e integrado, para conceder proteção nos termos de acesso, na arquitetura e de design, e de conteúdos disponibilizados nas plataformas infantis para proteger adequadamente os direitos fundamentais das crianças na primeira infância. Para alcançar os propósitos protetivos, na nova cultura digital, é necessário que os instrumentos normativos contemplem princípios e cláusulas gerais de forma a intensificar o alcance das normas e limitar o poder econômico. Ampliar a cultura do cuidado em termos coletivo é urgente para contemplar a proteção às crianças desde a tenra idade, as quais são conectadas ao ambiente virtual sem as devidas precauções, por isso se fazem necessárias avançadas estruturas normativas e adequadas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

AYMA, A. de L. **A proteção dos direitos da personalidade do menor de idade**. Valência: Tirant to Blanch, 2006.

BANCO MUNDIAL. **Aprender para todos**: investir no conhecimento e nas habilidades das pessoas para promover o desenvolvimento. Washington: Banco Mundial, 2011.

BOFF, L. **Saber cuidar**: ética do humano – compaixão pela terra. Petrópolis: Vozes, 1999.

BOWLBY, J. **Apego**: a natureza do vínculo. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

BURCH, S. **Facebook is, rotten**. “Privacy is its, kryptonite” Says ex-ftc advisor: social network’s business model is at odds with protecting its users, according to one expert. 2018. Disponível em: <https://www.thewrap.com/facebook-privacy-kryptonite-ftc/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.



CEPAL. **Infância e adolescência na era digital.** Um relatório comparativo dos estudos kids online Brasil, Chile, Costa Rica e Uruguai. CEPAL: Nações Unidas, 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/45910-infancia-adolescencia-era-digital-relatorio-comparativo-estudos-kids-online> . Acesso: 10 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto pela primeira infância.** Fundo de defesa dos direitos coletivos. ago. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Pacto-Nacional-pela-Primeira-Infancia_2020-09-01_WEB.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

CRENSHAW, K. Mapping themargins: intersectionality, identity politics and violence agains two men of color. In: FINEMAN, M. A.; MYKIUK, R. (orgs.). **The public nature of private violence.** Nova York, Routledge, p. 93-118, 43(6):1241-1299, jul. 1991.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados:** elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ESCUDERO, R. A. Los derechos de la personalidad de niños, niñas y adolescentes en el entorno digital una aproximación de su protección en el ámbito de las relaciones paterno – filiales – referencia al sistema chileno. In: RESINA, J. S.; MOZETIC, V. A. **Protección de los menores de edad en la era digital.** Juruá: Curitiba, 2020.

HARWARD UNIVERSITY. Center on the developing child. **A Science-Based Framework for Early Childhood Policy:** using evidence to improve outcomes in learning, behavior, and health for vulnerable children, 2017. Disponível em: <http://developingchild.harvard.edu>. Acesso em: 12 dez. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEORGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **População.** Projeção para 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 28 dez. 2020.



LACERDA, F.; LIMA-MARQUES, M. Da necessidade de princípios de arquitetura da informação para a internet das coisas. **Perspectiva em ciências da informação**. v. 20, n. 2, p. 158-171, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-99362015000200158&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 16 dez. 2020.

LIVINGSTONE, S.; BULGER, M. Uma agenda global de pesquisa para os direitos das crianças na era digital. **Journal of Children and Media**, v. 8, p. 317-335. 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17482798.2014.961496>. Acesso em: 11 set. 2020.

LIVINGSTONE, S.; STOILOVA, M.; NANDAGIRI, R. Children's data and privacy online: growing up in a digital age. **An Evidence Review**. London: London School of Economics and Political Science, 2019. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/childprivacyonline>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MOZETIC, V. A.; SILVA BABARESCO, D. V. G. LGPD e a obrigatoriedade do consentimento na coleta de dados de crianças e adolescentes no Brasil. In: RESINA, J. S.; MOZETIC, V. A. (coord.). **Protección de los menores de edad en la era digital**. Curitiba: Juruá, 2020.

MOZETIC, V. A.; TRINDADE, P. J.; MOLLER, G. S. **(Re)pensar o direito a partir das novas tecnologias e da complexidade social**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_repensar_Vinicius.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivos do desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PÉREZ LUÑO, A.-E. El derecho ante las nuevas tecnologías. In: BAUZÁ REILLY, M.; BUENO DE MATA, F. (coord.). **El derecho em la sociedad telemática: estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López**. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.



PLANO NACIONAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA 2010-2022 / 2020-2030 (PNPI). Rede Nacional Primeira Infância (RNPI); **ANDI Comunicação e Direitos**. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: RNPI/ANDI, 2020.

RANKINE, L. J. A emergente era da informação: sem limites significativos. **Diálogo**, 16(3): 2-7, 1987.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SELWYN, N. O uso das TIC na educação e a promoção de inclusão social: uma perspectiva crítica do Reino Unido. *In: Educação e Sociedade*. Campinas, v. 29, n. 104, p. 815-850, out. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302008000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 nov. 2020.

STEINBERG, S. B. Sharenting: children's privacy in the age of social media. **Emory law journal**, Atlanta, v. 66, p. 893-884, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=2441438. Acesso em: 5 nov. 2020.

TEIXEIRA, A. C. B.; RETTORE, A. C. de C. A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. (coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TRAMONTINA, R.; CUNHA E CRUZ, M. A. R. da. Sociedade da informação, cyber-law e o conceito kantiano de autonomia na dogmática constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3721>. Acesso em: 23 dez. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND AND INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION (UNICEF). **The state of the world's children 2017**. Children in a digital world. New York, 2017.

O DEVER DE CUIDADO (IN)DEPENDENTE DO AFETO? A INVERSÃO DO DEVER DE CUIDADO NA PERSPECTIVA DO IDOSO SEM VÍNCULOS AFETIVOS COM A FAMÍLIA¹



Kelly Coelho Silva²

Gilsilene Passon Picoretti Francischetto³

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a população idosa é crescente e a exigência dos cuidados para com esta população não pode estar adstrita ao Estado, apesar de igualmente ser detentor da obrigação de promover o seu bem-estar, assegurando-lhe proteção e assistência, cabendo, contudo, precipuamente à família esse encargo. O IBGE (2019) divulgou as projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação, tendo-se demonstrado um ritmo acelerado no crescimento da população idosa nos últimos anos, inclusive no Ceará. Esse crescimento implica sérias consequências de ordem social, especialmente quando relacionado à precariedade do sistema de saúde, haja vista o aumento da expectativa de vida ter gerado um aumento na demanda por serviços complexos relacionados ao envelhecimento da população (IBGE, 2019).

Junte-se a isso o fato de a maior parte dos benefícios de aposentadoria (67,7%) pagos em fevereiro de 2019 ter valor de até 01 (um) salário mínimo (BRASIL, 2019), eclodindo como resultado da soma desses fatores uma população idosa, sem ampla assistência médica e com baixos rendimentos.

¹ Artigo desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Invisibilidade social e energias emancipatórias em direitos humanos, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como resultado de pesquisa desenvolvida a partir do estudo dos direitos dos idosos.

² Membro do Grupo de Pesquisa Invisibilidade social e energias emancipatórias em direitos humanos, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela mesma instituição.

³ Mestre e Doutora em Direito. Pós doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de Pesquisa Invisibilidade social e energias emancipatórias em direitos humanos, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).



A família, enquanto base da sociedade, conforme dispõe o texto constitucional brasileiro⁴, é dotada de indiscutível importância não só no que diz respeito à sua função de ser o primeiro contato da pessoa com a vida em sociedade, mas por ser ela o seio onde encontrará tudo o que é necessário para seu pleno desenvolvimento nesse meio social. Assim, é da família a responsabilidade de oferecer esse ambiente moral e materialmente propício à formação de seus integrantes, promovendo-lhes moradia, alimentação, segurança, saúde e o que mais lhes for essencial.

Apesar de essa responsabilidade surgir com o nascimento e, em regra, ser extinta com o alcance da maioridade civil⁵, ela retorna ao seio de sua parentela quando um de seus integrantes se revelar incapaz de se manter, por seus próprios recursos, na vida em sociedade⁶.

Isso se dá em razão da reciprocidade constante do art. 229, da Constituição Federal de 1988, a qual assevera que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Uma breve análise do texto constitucional revela que os verbos “ajudar” e “amparar”, têm, respectivamente, o significado de “dar auxílio” e “sustentar para não cair” (MICHAELIS, 2019), cujo mesmo dicionário define “amparar” como “oferecer refúgio”, “abrigar”, “resguardar”. Prosseguindo com essa análise, a qual revela o dever dos filhos na assistência aos seus pais na velhice, carência ou enfermidade, pode-se considerar os termos “velhice”, “carência” e “enfermidade” subsumidos ao contexto da sociedade hodierna, haja vista já se ter mencionado alhures que a população idosa do Brasil é crescente, auferir baixos proventos e não possui assistência médica da maneira que necessitam. Como se vê, o perfil traçado pela Constituição existe e está presente em nosso dia-a-dia.

Em uma discussão paralela, tem-se os vínculos afetivos, os quais, especialmente para a população idosa, revestem-se de particular importância, notadamente por serem essenciais para a promoção de sua saúde. Os vínculos

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: [...] III – pela maioridade.

⁶ Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.



afetivos existem e não podem ser negligenciados, mas é necessário se aferir se o afeto possui valor jurídico ao ponto de limitar o cumprimento do dever de cuidado.

Nesse sentido, por meio de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, este artigo tem o objetivo de analisar o dever de cuidado a partir do conceito de dever fundamental, de modo a avaliar em que medida o afeto – ou a sua ausência – interfere no dever de cuidado em sentido amplo, o qual abrange o conceito de deveres específicos, também compreendidos como obrigações juridicamente exigíveis.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

2.1 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS PAPEIS DOS COMPONENTES DA FAMÍLIA

É possível se traçar uma diferença entre o dado e o construído, admitindo o primeiro como um acontecimento natural independente da vontade humana, e o segundo como a transformação, pela humanidade, daquilo que lhe é dado pela natureza. Assim, a condição de existência bruta, prévia ao ser humano, é conhecido como natural; e às transformações promovidas por sua interferência dá-se o nome de cultura. Contudo, cada pessoa é um ser biológico ao mesmo tempo que um indivíduo social (LÉVI-STRAUSS, 1982).

Por isso não há dificuldade alguma em encontrar a origem respectiva do reflexo pupilar e da posição tomada pela mão do cavaleiro ao simples contato das rédeas. Mas nem sempre a distinção é tão fácil assim. Frequentemente o estímulo físico-biológico e o estímulo psicossocial despertam reações do mesmo tipo, sendo possível perguntar, como já fazia Locke, se o medo da criança na escuridão explica-se como manifestação de sua natureza animal ou como resultado das histórias contadas pela ama.⁷ Mais ainda, na maioria dos casos, as causas não são realmente distintas e a resposta do sujeito constitui verdadeira integração das fontes biológicas e das fontes sociais de seu comportamento. Assim, é o que se verifica na atitude da mãe com relação ao filho ou nas emoções complexas do espectador de uma parada militar (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 42).



A dificuldade apontada por Lévi-Strauss se revela igualmente na família, a qual, a despeito de sua origem biológica, portanto, natural, tem seu conceito mutável, construído, pois, ao longo da existência humana. Entender a família exclusivamente como algo dado tornaria impossível admitir as demais formas de sua constituição, sendo certo que o ordenamento jurídico pátrio reconhece uma pluralidade de configurações familiares.⁷ Isso destaca a faceta cultural⁸ da família, que, a despeito da busca de como seria o “estilo de vida natural” desde a espécie *Homo sapiens*, o que se tem é que, não existe um estilo de vida natural, mas, sim, escolhas culturais dentro de um universo de possibilidades (HARARI, 2018).

A compreensão da família como a conhecemos hoje depende de uma análise retrocedente, a qual poderia iniciar com o entendimento de que, desde a origem da espécie *sapiens*, os doentes e debilitados eram cuidados por seus parentes (HARARI, 2018) e que ainda entre os neandertais, “criar filhos requeria ajuda constante de outros membros da família” (HARARI, 2018, p. 18). Ainda seria possível tratar da importância da formação de laços sociais para o favorecimento da evolução da espécie humana, haja vista o agrupamento em comunidades proporcionar proteção contra o frio e o ataque de animais ferozes (HARARI, 2018).

Mas o que será realizada, contudo, é uma análise voltada para o surgimento da família nuclear e seus valores, de modo a aferir como o valor afetivo se tornou seu principal elemento constitutivo.

Com essa intenção, o historiador Philippe Ariès (1981) assevera que até o final da Idade Média (século V ao XV), não havia distinção entre o espaço público e privado no contexto familiar, o que proporcionava o que o autor chama de sociabilidade e de redes de solidariedade. Nesse espaço era que se desenvolviam as crianças, tidas à época como pequenos adultos, com participação ativa na vida comunitária, como festas, jogos e também no trabalho.

Nesse modelo vigorava a tradição, a transmissão do nome da família e dos bens, sendo certo que a formação das crianças era contextualizada pelos eventos sociais promovidos nas casas, onde aprendiam a se comportar a exemplo dos adultos (Ariès, 1981). A rede de solidariedade proporcionava que os filhos fossem uns para a casa dos outros, para proporcionar uma maior vivência entre os

⁷ A saber as famílias substitutas, advindas da adoção, famílias anaparentais, homossexuais e até monoparentais.

⁸ No sentido de construído.



adultos. O alto índice de mortalidade infantil gerava nas pessoas uma tendência a não sentir tanto apego, ante a possibilidade de perda. Foi somente a partir do século XVII que a família passou a se organizar em torno da criança, passando a existir em função dela.

Um outro modelo de família surgiu em meados do século XVIII, o aristocrático, pautado na necessidade de cuidado e educação das crianças (ARIÈS, 1981), o que favoreceu a prevalência da vida privada em detrimento da pública. Nesse contexto é que se deu conversão da tradição e do orgulho do patronímico familiar para a ênfase aos laços afetivos, fenômeno que espalhou para as outras classes sociais esse modelo de família, bem como seus valores e ideologias. Todo esse cuidado surtiu efeito na mortalidade infantil, que teve drástica redução, e o medo de perder a criança passou a tomar os adultos, surgindo, então, o fenômeno da paparicação (ARIÈS, 1981).

Foi a partir dessa transformação que a família começou a enfrentar severas críticas sobre o seu modo de educação dos filhos, cujas percepções serviram de inspiração para os modelos educacionais até o século XX. Para fortalecer e prolongar a infância, as crianças passaram a ter que ficar cada vez mais tempo inseridos nos processos de escolarização, o que proporcionou uma aproximação familiar, em detrimento do afastamento antes vivenciado pelo envio de crianças para as amas-de-leite e para o domicílio de outras famílias para proporcionar o seu aprendizado.

Agora as crianças passavam mais tempo em suas casas, o que, gradativamente, foi engrandecendo a presença do afeto nas relações familiares. Segundo Ariès (1981), as casas, que antes eram espaços abertos a eventos e festas, agora possuem cômodos fechados e ambientes próprios para receber clientes e amigos em hora previamente marcada, sem envolver os demais integrantes da família. Toda essa alteração estrutural proporcionou o aumento da aproximação familiar e o estreitamento de seus vínculos, sendo a família sacralizada pela sociedade e adstrita a um espaço íntimo e dedicado exclusivamente à relação entre pais e filhos.

O breve histórico da família denota que a configuração que vivemos hoje não é dada, foi construída. Desde o surgimento até o desenvolvimento do sentimento de família, ocorrido, como visto, entre os séculos XV e XVIII, é notória a percepção de que esse sentimento de família não ficou adstrito a uma camada da sociedade, espalhando-se, na verdade, por todas as classes, impondo-se como indiscutível. Como resultado desse histórico, há hoje uma imposição



cultural influenciada por moralistas de séculos passados, obrigando a sociedade a empregar esses valores em seu contexto privado – no âmbito familiar – pautado em valores e comportamentos que foram amplamente discutidos, promovidos e propagados como se fossem a única forma de organização familiar.

O ordenamento jurídico, obviamente, alcançou esse modelo de configuração familiar e passou a exigir da família esse cuidado para com os seus componentes. Isso porque “interesses, há menos de meio século, reputados exclusivamente individuais e aparentemente intangíveis tomaram, com o tempo, notável transcendência social, ocasionando, como efeito, sua ordenação subsequente pelo Direito Constitucional” (BONAVIDES, 2004, p. 49), tornando-se, então, o direito de família, objeto de minuciosa regulamentação constitucional, com marcado cunho social.

2.2 DEVERES PARENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Responsabilidade parental é um termo constante da Convenção dos Direitos das Crianças⁹, e pode ser entendido como a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança, sendo a preocupação básica dos pais a garantia do seu melhor interesse (UNICEF, 1989). O termo ‘responsabilidade parental’ procura enfatizar os deveres dos pais em relação à sua prole, mais do que os direitos em relação a eles. Sendo o Brasil signatário desta Convenção, está obrigado a observar todos os seus preceitos.

A Constituição Federal de 1988 assevera em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, dentre outros (BRASIL, 1988), sendo esses corolários do direito à vida, que é base para o exercício de todos os demais. Em razão de sua força normativa, esse dever é imposto à família, e exigido, inclusive de forma coercitiva, prevendo pena de detenção em caso de descumprimento (BRASIL, 1940).

⁹ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. O Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990.



Nesse sentido, Canotilho (1993) explica que no âmbito da caracterização do Direito Constitucional enquanto direito público, tem-se que os poderes públicos têm de agir – e só podem agir – quando têm competência constitucional ou legalmente fixada, sendo certo que os sujeitos privados gozam de tendencial liberdade na conformação de relações jurídicas. Contudo, há também “tipicização de competências ou de atribuições nas relações jurídicas de certos ramos de direito privado” (CANOTILHO, 1993, p. 136), como é o caso do direito de família.

A proteção do núcleo familiar está atrelada à tutela da pessoa humana por meio dos princípios gerais da Constituição Federal, haja vista a dignidade da pessoa humana – descrita no art. 1º, III, da CF/88 – ser um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico como um todo. Essa proteção nuclear engloba todos os direitos e deveres relacionados com a pessoa ou os bens dos filhos, abrangendo os direitos e obrigações relativos a seus cuidados. Isso implica o dever de garantir que a criança tenha um telhado, alimentação, vestuário e educação. Está também incluído neste rol a responsabilidade de acautelar eventuais bens materiais da criança, bem como o direito de a representar legalmente.

A responsabilidade dos pais, então, é dever irrenunciável, notadamente em razão da vulnerabilidade da criança e do adolescente, seres em desenvolvimento que dependem de tratamento especial. Harari (2018) destaca que um potro pode trotar logo após o nascimento, mas os bebês humanos dependem dos pais velhos por muitos anos para seu sustento, proteção e educação. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos pais certos deveres, em virtude do exercício do poder familiar.

Seguindo a Convenção dos Direitos da Criança e a Constituição Federal de 1988, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) trouxe em seus dispositivos a exigência dos cuidados parentais, os quais podem ser divididos em sustento, guarda e educação, nos termos de seu art. 27¹⁰.

Com relação à guarda, cabe mencionar que esta pode ser abrangida de formas diferentes pelo ordenamento jurídico, a saber pelo Código Civil, que tem a guarda como consequência do poder familiar, e pelo ECA, que trata da guarda como subseção da Seção III, destinada a tratar da família substituta. Apesar dessa distinção, o fato é que a guarda, enquanto dever parental, garante à

¹⁰ Art. 27 – Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir das determinações judiciais.



criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, sendo esta igualmente entendida com a companhia física mesma, aquela capaz de zelar pelo melhor interesse da criança e do adolescente pelo simples fato de estar próximo fisicamente, sendo, então, responsável por seu desenvolvimento.

No que concerne à educação, cabe destacar que esse dever se refere tanto àquela obrigação de matricular o filho na escola, cujo descumprimento configura crime de abandono intelectual, tipificado no art. 246, do Código Penal¹¹, assim como também que a criança deve ser “preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade” (UNICEF, 1989).

Já com relação ao sustento, tem-se que o início do reconhecimento desta obrigação se deu quando o vínculo de sangue adquiriu uma maior importância, convertendo-se o dever moral de socorro em uma obrigação jurídica própria, especialmente nas relações familiares, tendo, posteriormente, o direito romano conhecido a obrigação alimentícia fundada em várias causas, como na convenção, testamento e na relação de patronato (CAHALI, 2007).

O dever de sustento dos pais advém da necessidade humana própria de subsistência, e significa a obrigação dos pais de proporcionar aos filhos o necessário para o seu desenvolvimento saudável. Essa obrigação é tida muitas vezes como “moral”, o que equivale a dizer que independe de determinação por meio de decisão judicial para que se dê o seu cumprimento.

Esse dever de sustento, que pertence aos pais, converte-se em prestação alimentícia quando estes passam a não viver mais juntos (VENOSA, 2007). De forma genérica, pode-se dizer que o guardião terá a responsabilidade de criar e educar sua prole, assim como também de promover o seu sustento, na medida de suas possibilidades, cabendo ao outro proporcionar os alimentos. A falta de cumprimento deste dever “moral” enseja a conhecida ação de alimentos, passando, então, a obrigação alimentar a ser passível de execução judicial.

A despeito de ser entendido como uma consequência lógica do poder familiar, Remédio Marques (2007) assevera que, tecnicamente, não seria correto dizer que o dever de sustento dos pais, no que concerne aos filhos menores, seja

¹¹ Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.



um consectário do poder familiar, notadamente porque a suspensão judicial do poder familiar não abole o dever de sustento. De fato, o dever de sustento deve prevalecer independentemente da existência desse vínculo, pois ele diz respeito não ao elo estabelecido legalmente entre os familiares, mas sim, em razão da necessidade premente de seu integrante.

Como se vê, o ordenamento jurídico, desde a Constituição de 1988, passando pela ratificação da Convenção dos Direitos da Criança, pelo ECA, Código Civil e até o Código Penal, está preocupado em garantir que os pais cuidem dos seus filhos, sendo, inclusive, a ordem sequencial do artigo 227 da Constituição encabeçada pela família, seguida da sociedade e, por último, o Estado, na atenção às crianças e adolescentes.

3 DOS DEVERES FUNDAMENTAIS ADVINDOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUA (DES)VINCULAÇÃO COM A AFETIVIDADE

3.1 DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

O estudo do dever de cuidado remete à necessidade de compreender esse “dever” como um dever fundamental, o que confere a ele possibilidade de ser exigido. Assim como os direitos fundamentais, os deveres fundamentais têm relevante espaço na temática ora abordada, merecendo ser analisado inicialmente. Pontini e Fabríz (2019) entendem que os direitos fundamentais têm por função principal a de garantir instrumentos de proteção ao indivíduo – ou à sociedade – perante o Estado, o qual detém os meios de coação. Canotilho (1993) assevera que a importância das normas de direitos fundamentais deriva do fato de elas, direta ou indiretamente, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos. Há, contudo, uma contrapartida exigida, e a essa dá-se o nome de deveres fundamentais.

Essa contrapartida pode ser entendida, ainda, como o compartilhamento parcial com os cidadãos da responsabilidade estatal de garantir os direitos fundamentais (PONTINI; FABRIZ, 2019). Mas mais do que isso, a participação do particular para a efetivação de direitos fundamentais muitas vezes se torna essencial, notadamente diante da impossibilidade do Estado de alcançar cada indivíduo para lhes efetivar individualmente esses direitos, pelo que, nesse caso



específico, cabe à família, precipuamente, o cuidado para com os seus integrantes. Avançando nessa compreensão, não mais sob o aspecto da colaboração, cumpre especificar o entendimento de um dever jurídico, tendo Marques e Fabriz (2013, p. 12) explicado que este dever “tem como pressuposto o estabelecimento de uma conduta obrigatória em uma norma jurídica”.

Merece destaque a importância de se ter em mente que, se uma norma jurídica não determinar uma conduta obrigatória ou não determinar uma conduta proibida, mas apenas uma conduta permitida, então não se poderá falar em dever jurídico, muito menos na existência de um dever fundamental (MARQUES; FABRIZ, 2013).

A partir disso se tem justificado o tratamento do tema ora discutido como um dever fundamental, haja vista estar ele positivado tanto na Constituição Federal, no art. 229, como em outras legislações federais, como o Código Civil, Código Penal e o Estatuto do Idoso, os quais estabelecem e exigem uma conduta ativa da família no sentido de prestar assistência à população idosa.

Para alcançar esse entendimento, este trabalho considerou o conceito de dever fundamental como sendo

[...] obrigações jurídicas relacionadas a um sacrifício trivial do obrigado, fundamentalmente constitucionais e relacionadas a um direito fundamental correspondente, que surgem concomitantemente a estes, sendo assim, inerentes à solidariedade e passíveis de sofrer sanção em caso de descumprimento (GONÇALVES; FABRIZ, 2013, p. 90).

Em um outro artigo, os mesmos autores (GONÇALVES; FABRIZ, 2013) defendem que, se há uma meta em comum, que busca a solidariedade e a fraternidade para instituição de um Estado Democrático de Direito, deve haver um correspondente esforço conjunto, e, em se tratando de questões basilares, as quais também envolvem o direito à vida digna dos ascendentes, esse esforço torna-se, logicamente, um dever fundamental.

É preciso deixar claro, por oportuno, que há distinção entre “dever” e “obrigação”, não podendo se admitir o tratamento destes como sinônimos quando se trata do dever em sentido amplo, tampouco se pode afirmar que um ou outro



termo se refira única e exclusivamente a uma questão jurídica ou moral (SIQUEIRA, 2016), o que não significa dizer que não existe uma carga moral a ser considerada.

[...] os deveres jurídicos têm um forte componente moral, enquanto no caso das obrigações jurídicas esse componente é jurídico. E, como tipo de dever jurídico, os deveres fundamentais, humanos e constitucionais seguem a mesma linha. Assim, a explicação mais plausível e razoável para o uso jurídico de uma expressão com carga mais moral que jurídica talvez seja a intenção de justificá-los ou lhes dar maior força emotiva, o que contribuiu para a consolidação de seu uso no âmbito jurídico, sendo ilógico, portanto, seu abandono (SIQUEIRA, 2016, p. 6).

Para fins deste trabalho, o “dever de cuidado” será tratado como um “dever fundamental” com a conotação mais ampla, compreendendo as obrigações e os deveres em sentido estrito.

Os deveres fundamentais podem estar expressos ou implícitos, e podem dizer respeito às pessoas ou ao Estado. Igualmente podem ser classificados como deveres autônomos e não autônomos, individuais e coletivos, negativos e positivos, ou, ainda, deveres genéricos e específicos (SIQUEIRA, 2016). Seguindo essa linha, por deveres genéricos se entendem aqueles com sentido amplo, abrangendo os deveres específicos, restando, assim, uma relação de pertencimento entre estes e aqueles. Isso equivale a dizer que deveres específicos são como sinônimos de obrigações. Ou seja, a obrigação alimentar, enquanto dever específico, advém do dever de cuidado, que é um dever genérico.

Dentre as classificações possíveis de deveres fundamentais existem, ainda, as espécies, as quais variam desde a obrigação de reunião pacífica e obrigação de representação expressamente autorizada, até a obrigação de dar função social à propriedade e a obrigação de não violar os direitos e as liberdades fundamentais (SIQUEIRA, 2016). Dentre essas espécies têm-se os deveres de família, entendidos como “um conjunto de deveres em sentido amplo, mas restrito a relações intrafamiliares” (SIQUEIRA, 2016, p. 11).

Para além das discussões dos deveres fundamentais familiares atinentes às obrigações conjugais, tendo em sentido estrito o dever de fidelidade e de respeito mútuo, há, nesse contexto de espécies de deveres fundamentais, as obrigações parentais, aqui já discutidas e entendidas como aquelas relativas ao exercício do poder



familiar, não estando dependentes exclusivamente dele, sendo, portanto, exigíveis pelos filhos em face de seus pais, ainda que diante da suspensão do poder familiar.

Observa-se aqui, no contexto das obrigações parentais, um sentido amplo, ou seja, os deveres parentais incluem os já mencionados deveres específicos de sustento, guarda e educação, sendo estes o reflexo do direito à alimentação, à convivência familiar e à educação, estando, portanto, deveres parentais e direitos da criança e do adolescente em uma relação de correspondência. O mesmo raciocínio pode ser seguido no sentido inverso: quando o dever de cuidado, que tem sentido amplo, é devido pelos filhos em favor dos pais, conforme disposto no art. 229 da Constituição Federal.

Essa compreensão inicial, de que o dever de cuidado é um dever fundamental, revela essa categoria jurídico-constitucional que, fundada na solidariedade, impõe aos pais, de forma proporcional, a promoção do direito fundamental à vida digna de seus descendentes, passíveis de sanções cíveis e criminais em caso de descumprimento, podendo o mesmo ser observado em relação aos filhos, os quais possuem o mesmo dever fundamental de cuidar dos pais na velhice, carência e enfermidade.

3.2 DEVER DE CUIDADO E AFETO

Entender a amplitude do dever de cuidado enquanto um dever genérico que abarca deveres específicos é importante para saber como podem ser exigidos e de que maneira estão atrelados a condições impostas por elementos metajurídicos. Igualmente relevante é entender o afeto e sua admissão (ou não) no ordenamento jurídico enquanto algo que possa ser exigido, ou condicionante para o exercício de direitos/deveres. A compreensão da subjetividade desse termo é importante, não para desqualificá-lo, sendo conhecida e indiscutível a importância do afeto nas relações familiares atuais, mas para aferir se, enquanto um sentimento ou emoção, pode ser imposto como condição para o cumprimento do dever de cuidado.

O estudo das emoções desperta o interesse de pensadores e cientistas desde a Grécia, sendo que desde a História Antiga já se relatava a influência do universo subjetivo sobre a dinâmica da alma do ser humano (PINTO, 2017). Entendê-las trouxe significativa transformação nos comportamentos humanos,



sendo, hoje, importante elemento para o reconhecimento de várias relações, a saber pela *afectio societatis* nas relações societárias e *afectio maritalis* para o reconhecimento de uma união conjugal. Há que se compreender, contudo, que a quebra dessa *afectio* não rompe com os deveres advindos dela. Entendimento análogo tem-se com o afeto nas relações familiares.

O Superior Tribunal de Justiça (2012) se posicionou no sentido de enfatizar que “amar é faculdade, cuidar é dever”, alertando que nesses casos “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar [...]”.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (STJ, 2012).

O mesmo Tribunal Superior também decidiu em outro caso que “o ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam os pais aos seus filhos” (STJ, 2018). Nesse aspecto, importa destacar que o afeto, a despeito de ser reconhecido como um “princípio” por parte da doutrina e jurisprudência pátria¹², não embasa o dever de cuidado. O dever de cuidado está relacionado à imposição constitucional, e por isso não é um dever moral, mas sim, um dever jurídico. Desta feita, o fundamento da obrigação de cuidado aos familiares está respaldado no princípio da solidariedade familiar, este advindo da relação de parentesco.

O que se percebe a partir disso é que o dever de cuidado não pode ser condicionado à existência ou não de laços afetivos. Isso porque o cuidado, assim entendido como um dever fundamental, não tem condicionantes, tampouco depende da realização de outros deveres fundamentais.

¹² Sobre os que defendem o afeto como princípio, citem-se Paulo Lôbo, Flávio Tartuce, Guilherme Calmon, Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin.



Veja-se a relação conjugal instituída pelo casamento: o Código Civil impõe deveres conjugais, os quais correspondem à fidelidade, respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002). Quer tenham os cônjuges vivido em total obediência a esses deveres, quer os tenham negligenciado completamente, podem um ou outro pleitear “os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social” (BRASIL, 2002). Isso denota que o dever de prestar assistência constante do art. 1.566, III, independe da existência de afeto e subsiste mesmo após a dissolução conjugal, posto que esta “não implica necessariamente em extinção da obrigação de prestar alimentos entre os ex-cônjuges” (JUSBRASIL, 2019).

O mesmo pode ser observado da Lei 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. A mulher que sofre violência doméstica e familiar poderá ter aplicada, de imediato, medidas a seu favor, sendo a mais afamada o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASIL, 2006). Outra medida não tão conhecida é a prestação de alimentos. Percebe-se que, a despeito de haver ali um cenário de agressão física, a mulher agredida não pode ficar ao desalento, sendo certo que, em muitos dos casos, a vítima depende financeiramente do agressor. Não há discussão quanto à relação, notadamente por já ser reconhecida como violenta, atendo-se a análise unicamente à necessidade de assistência.

O mesmo se observa nas relações parentais, ora analisadas na perspectiva dos pais para com seus filhos. Já tendo sido demonstrado que cabe aos pais o dever de educação, guarda e sustento, e que este último não necessariamente está vinculado unicamente ao poder familiar, tem-se que, mesmo diante da suspensão ou destituição desse poder, que retira a possibilidade de gerir a vida dos filhos, essa mesma destituição não rompe com o vínculo de parentesco, o qual fundamenta o dever de cuidado, nos termos do art. 229, da Constituição Federal, que impõe aos pais, sem especificar se biológicos, adotivos, no exercício ou não do poder familiar.

Assim, o dever de cuidado, seja advindo das relações matrimoniais ou conjugais de forma geral, seja advindo das relações parentais, não está implicado pela existência ou não de afeto, cuja ausência desse sentimento não afasta a obrigatoriedade do cumprimento. Isso porque o fundamento de sua exigência está relacionado a circunstâncias objetivas, tais como a existência de relação

conjugal, no primeiro caso, ou na relação de parentesco, no segundo, não havendo espaço, nesse aspecto, para a subjetividade do afeto.

4 O IDOSO ENQUANTO SUJEITO DE PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO ESTADO

4.1 A PROTEÇÃO JURÍDICA AO IDOSO

A proteção ao idoso, a despeito de não existir ainda uma Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa Idosa, é objeto de preocupações de organismos internacionais, contando, no Sistema ONU, com a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) para os trabalhos envolvendo essa temática (ONU, 2017). Isso porque a estimativa é de que, globalmente, o número de pessoas com 80 anos ou mais deverá triplicar em 2050, de 137 milhões em 2017 para 425 milhões em 2050 (ONU, 2017).

No Brasil, a legislação que resguarda a população idosa é vasta e conta inclusive com assento constitucional. Na Constituição Federal, a proteção está disposta de forma genérica em seu artigo 1º, ao tratar da dignidade da pessoa humana, e no art. 3º, constituindo como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo cor e idade. Já sob o título dos direitos e garantias fundamentais, a proteção do anoso¹³ está pautada no art. 5º, que garante a todos, sem distinção, inclusive de idade, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sob o mesmo título, a Constituição trata dos direitos sociais em seu art. 6º, ali descritos como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, previdência social e assistência aos desamparados, trazendo em seu art. 7º a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (BRASIL, 1988), garantindo em seu art. 14 aos maiores de 70 anos a faculdade de votar. São assegurados, ainda, o direito à previdência social (art. 40 e 201, da CF/88) e assistência social (art. 203), tendo por um de seus objetivos a proteção à velhice e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal ao idoso.

¹³ Ancião, idoso.



No Capítulo VII o idoso ganha mais destaque, tendo os artigos 229 e 230 se voltado para o dever de ajuda e amparo dos filhos aos pais na velhice, carência e enfermidade, bem como o dever de amparo da família, sociedade e Estado às pessoas idosas “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988), garantindo-lhes, também, acesso aos programas de amparo em suas casas e gratuidade em transportes coletivos (parágrafos 1º e 2º).

A despeito de a Constituição Federal, documento mais importante do Estado, asseverar que todos, sem distinção, são destinatários desses direitos descritos nos artigos mencionados, a proteção ali conferida não foi suficiente para o idoso, que precisou receber tratamento mais específico, notadamente em razão das violações que sofria sem ter acesso à proteção especial, cuja atenção se deu com a promulgação do Estatuto do Idoso.

Com o Estatuto, o idoso passou a contar com proteção integral, sendo determinado ali a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente, dentre eles o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003), sendo a velhice considerada um direito personalíssimo (art. 8º). O Documento também trouxe espaço para a liberdade do idoso, essa entendida não só como o direito de ir e vir (art. 10, §1º, I), mas também de opinião e expressão (II), crença (III) e participação na vida política (VI).

Restou, ainda, regulamentado o direito à percepção de alimentos, (Capítulo III), o direito à saúde (Capítulo IV), assim como também à educação, cultura, esporte e lazer (Capítulo V). A legislação conferiu ao idoso o direito ao exercício de atividade profissional e acesso à previdência social, assim como também à assistência social (Capítulo VII). A habitação e o transporte também são objeto da legislação, que prevê ainda, em título próprio, medidas de proteção ao idoso.

A Lei do Anoso dispõe também sobre temas relativos à política de atendimento ao idoso, ao acesso à justiça, tratando, e título próprio, dos crimes praticados contra a pessoa idosa. A pena mais grave é de reclusão de 12 anos, e está prevista para o crime de exposição à perigo com resultado morte.

O Estatuto prevê punição para quem se apropria de bem do idoso ou retém seu cartão magnético de conta bancária relativo a benefício (artigos 102 e



104, respectivamente), mas mesmo assim, o Disque 10014 divulgou em 2018 que 19,9% das denúncias recebidas diziam respeito a abuso financeiro e econômico/violência patrimonial (BRASIL, 2019). O mesmo serviço apontou que, dentre as denúncias recebidas, a violência mais praticada contra o idoso é a negligência, a qual, a despeito de não haver conduta típica específica, pode ser enquadrada no Estatuto em seu artigo 99, que pune a exposição a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis. A pena para este crime é de detenção, de 2 meses a 1 ano e multa.

Como se vê, ainda que haja um aporte jurídico relevante para a proteção do idoso, essa população continua sofrendo graves violações. O Ministério da Mulher, da família e dos Direitos Humanos, que disponibiliza o serviço “Disque 100”, informou, no balanço de 2018, que 52,9% dos casos de violações contra idosos foram cometidos pelos próprios filhos, e 7,8% pelos netos. O perfil dos idosos mais violados é majoritariamente composto por mulheres (com 62,6% dos casos), sendo os homens 32% dessas vítimas. A idade vai de 71 a 80 anos em 33% dos casos, sendo de 61 a 70 anos em 29%. Desse número, 41,5% foram declarados como brancos, 26,6% pardos e 9,9% pretos, atingindo, ainda, indígenas (0,4% das vítimas) e amarelos (0,7%).

Desses números, mais de 14 mil vítimas declararam ter algum tipo de deficiência, sendo 41,6% física, 37,6% mental, 11,5% visual, 4,6% intelectual e 4,4% auditiva. O serviço apurou que as violações mais presentes são negligências, com 38% dos casos denunciados, seguido de 26,5% das denúncias relacionadas à violência psicológica (apontadas como humilhação, hostilização, xingamentos etc.). Essa lista tem na quarta posição a violência física, contando com 12,6%. A casa da vítima foi apontada como o local com maior evidência de violação, compondo 85,6% dos casos.

O que se vê é que o ambiente de onde é esperada – e exigida – a maior proteção, é o principal cenário da violência. Não é possível, nesses casos, falar em lar, ou ter na casa o ambiente de promoção de amor e afeto, pelo que medidas de afastamento são tomadas, de modo a resguardar o idoso, o que não exclui, sob qualquer hipótese, a permanência do dever de cuidado assegurada por todos esses dispositivos. Assim, ainda que haja a ruptura dos laços familiares por meio

¹⁴ Serviço do Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos destinado a receber denúncias de práticas atentatórias aos Direitos Humanos.



de determinação judicial, subsiste o dever de lhe prestar a assistência necessária para a manutenção de seu bem-estar.

4.2 O DEVER DE CUIDADO INVERSO E A AFETIVIDADE

O dever de cuidado existe não só em relação à criança, enquanto ser em formação que é, mas também com relação ao idoso, seja em razão do princípio da solidariedade familiar, ou do princípio da reciprocidade, ambos extraídos da Constituição Federal.

Saindo da base conceitual e seguindo para a base principiológica, tem-se no princípio da dignidade humana o vetor mais importante que rege, não somente a responsabilidade parental e o direito familista, mas todo o ordenamento jurídico pátrio. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), a dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Compondo a base principiológica da proteção ao idoso, tem-se ainda o princípio da solidariedade, o qual está previsto no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, e que considera que os membros de uma mesma família devem amparar uns aos outros, havendo ali uma responsabilidade material e, sobretudo, moral, reveladora de uma necessária assistência, além de respeito e consideração recíprocos entre todos os que compõem o núcleo da parentela. O mesmo princípio também tem previsão no Código Civil de 2002, e fundamenta, por exemplo, o dever dos parentes de prestar alimentos.

O princípio da solidariedade familiar está diretamente relacionado à assistência moral e, em virtude da prioridade conferida à pessoa humana na Constituição Federal, percebe-se uma preocupação em atribuir esse princípio sobretudo às pessoas mais frágeis e vulneráveis do contexto social, sendo certo



que claramente são merecedores de maior proteção, como é o caso dos idosos, bem como das crianças e adolescentes. Pesquisas envolvendo a responsabilidade filial no cuidado aos pais idosos demonstraram que na cultura brasileira a responsabilidade dos filhos como norma social reflete sentimentos como amor, carinho, gratidão, reciprocidade e respeito aos pais (AIRES *et al.*, 2019).

Nesse contexto, a responsabilidade filial, que também pode ser entendida como uma norma social que envolve atitudes individuais e comportamentos de cuidados dos filhos para com os pais durante o processo de envelhecimento (CHAPPELLI; FUNK, 2012), englobando tanto sentimentos de obrigação e afeto, como orientação familiar e desejo de reciprocidade, ou seja, de sentir-se responsável e de retribuir aos pais o cuidado recebido (DONORFIO; SHEEHAN, 2001), é também um dever fundamental, vale dizer, uma obrigação jurídica inerente à solidariedade e passível de sofrer sanção em caso de descumprimento (GONÇALVES; FABRIZ, 2013).

Sobre o dever de assistência na velhice, não olvidou a Constituição de alcançar aqueles que foram destinatários dos cuidados desde o seu nascimento: os filhos.

[...] o parentesco também é um vínculo jurídico estabelecido por lei, que assegura direitos e impõe deveres recíprocos. São eles que não se constituem nem se desfazem por atos de vontade. A espécie de parentesco, de maior ou menor proximidade dos parentes, dispõe reflexos jurídicos diversos, a depender do grau de intensidade da solidariedade familiar. De modo geral, atenta-se ao critério da proximidade: os parentes mais próximos são os primeiros a serem colocados (DIAS *apud* GAMA, 2011, p. 107).

Nesse diapasão, os descendentes, os quais receberam o cuidado e proteção da família, devem prestar esse mesmo auxílio aos seus ascendentes, quando da velhice, carência e enfermidade, consubstanciando-se a reciprocidade tratada no art. 229 da Constituição Federal, assim como também no art. 1.696, do Código Civil¹⁵:

Quanto a isso, é simples a aferição: em um momento da vida, os filhos dependem totalmente dos cuidados dos pais para o suprimento de suas necessidades mais básicas; noutra fase, os pais é que passam a depender dos

¹⁵ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.



cuidados dos filhos para garantir sua sobrevivência. Contudo, o ponto de tensão está quando não há a reciprocidade, por qualquer razão que seja, o que pode resultar no estado de abandono da pessoa idosa. Para se chegar à ideia de abandono, é necessário compreender se cabe a discussão sobre a real existência da reciprocidade, ou seja, se o filho de fato recebeu essa assistência de seus ascendentes, ou se teve convívio ao ponto de estabelecerem laços de afeto, e se isso interfere na obrigação de prestar esse cuidado aos pais na velhice.

Em estudo que examinou a relação entre atitudes de responsabilidade filial e comportamentos de cuidado dos filhos cuidadores, a maioria dos filhos entrevistados expressaram o desejo de serem cuidados por seus filhos ao envelhecer, relatando que esperavam gratidão, reciprocidade, carinho e apoio. Além disso, ao cuidar dos pais idosos estavam mostrando que também desejavam ser cuidados, como um ensinamento aos seus filhos (AIRES *et al.*, 2019). Todavia, destacaram que esse cuidado não deve ser imposto, e nem uma obrigação, mas esperavam que os filhos estejam presentes durante o processo de envelhecimento.

O cuidado, enquanto um dever fundamental, pode ser mais facilmente compreendido como um termo técnico, o que também viabiliza a sua condição de ser exigido. Essa percepção aumenta, especialmente, por contar este termo com previsão expressa tanto na Constituição Federal como no Estatuto do Idoso, já tendo sido abordada aqui a sua classificação como um dever fundamental não autônomo, correlacionado, portanto, a um direito fundamental.

A afetividade, por sua vez, traz em seu bojo conteúdo que, por ser extremamente relevante e essencial aos vínculos familiares, gera confusão com a terminologia técnica jurídica, não havendo consenso se esta é, ou não, um princípio ou mesmo algo que possa ser discutido juridicamente.

Em uma busca por termos como “afeto”, “atenção” e “cuidado”, utilizando-se da ferramenta de busca textual “Ctrl f”, na lei 10.741/2003, o resultado foi “zero” para o primeiro termo, dois resultados para o segundo, e três para o último. O objetivo da busca foi aferir se o fato de o idoso não ter relações afetivas com seus familiares justifica o descumprimento do dever de cuidado, ou se, em tese, o dever de cuidado estaria relacionado à existência de vínculos afetivos.

Quanto à ausência do termo “afeto”, pode-se compreender, inicialmente, que a aferição do dever de cuidado é objetiva, não sendo possível verificar no texto, ao menos de forma expressa, qualquer condicionamento deste dever a



laços afetivos. O termo “atenção”, está disposto duas vezes no mesmo artigo 15, assentado no capítulo dedicado ao direito à saúde. Da análise foi possível verificar que o sentido ali atribuído é igualmente objetivo, pois confere “atenção integral à saúde do idoso” e “atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”, não sendo empregado expressamente com sentido subjetivo.

O termo “cuidado” igualmente possui conotação objetiva, aparecendo primeiro no Art. 50, VIII, como obrigação das entidades de atendimento, ao asseverar que devem “proporcionar cuidados à saúde, conforme as necessidades do idoso” (BRASIL, 2003). Aparece pela segunda vez no parágrafo 2º, do Art. 96, tratando de casos de aumento de pena (BRASIL, 2003). A última menção do termo no Estatuto está no artigo 99, que pune a quem priva o idoso “de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo” (BRASIL, 2003).

Guedes *et al.* (2017), em publicação em revista de saúde coletiva, entendem o conceito de cuidado não só como apoio nos aspectos instrumentais (auxílio nas atividades básicas e instrumentais de vida diária), e apoio financeiro, mas também emocional. Pinto (2007), em artigo que busca discutir a afetividade, reconhece-a como um conjunto de emoção e sentimento, sendo um de seus exemplos o amor. Ambos os trabalhos mencionados tratam da esfera subjetiva do termo “cuidado” e “afeto”.

Diante da ausência das expressões procuradas, incluiu-se na busca, com o objetivo de aferir se estas não estariam embutidas em outra expressão, tanto do Estatuto do Idoso quanto em legislações pertinentes, o termo “abandono” ou “abandonar”.

O termo foi encontrado no Código Penal como crime (crime de abandono material), na perspectiva do anoso, punindo aquele que deixa, sem justa causa, de prover a subsistência do ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessário, bem como deixando, sem justa causa, de socorrer ascendente gravemente enfermo (BRASIL, 1940). O Estatuto do Longevo, igualmente, pune aquele que abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado (BRASIL, 2003).

A partir da leitura dos dispositivos é possível verificar a conotação objetiva do termo “abandono”, não sendo possível, igualmente, atribuir conteúdo subjetivo aos termos ali encontrados. O mesmo não pode ser dito com relação ao artigo 50,



XVI, o qual, este sim, possui conotação subjetiva, haja vista tratar da obrigação das entidades de atendimento de comunicar ao Ministério Público “situação de abandono moral praticada por parte dos familiares” (BRASIL, 2003). O conteúdo do dispositivo, porém, diz respeito à prática de abandono moral pelos familiares contra o idoso, o que denota a prática do crime em si, o que exclui o critério da busca, que quer aferir se o dever de cuidado está relacionado a laços afetivos.

O que se viu da pesquisa terminológica na lei é que o dever de cuidado, reflexo do direito à vida, à moradia, à alimentação e outros, gera obrigações dos familiares para com o idoso, independentemente da permanência de vínculos afetivos com este, não sendo relevante se o ascendente deu – ou recebeu – afeto ao longo de sua vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, enquanto base da sociedade, assumiu um papel em seu contexto histórico que não pode ser desassociado repentinamente, ao alvedrio de suas vontades. A luta pelo reconhecimento de vários modelos de família acarreta, para além dos direitos, deveres que lhes são reflexos.

A compreensão da existência de um dever de cuidado relacionado aos vínculos parentais e as frequentes demandas por abandono afetivo, trouxeram à tona a discussão acerca do afeto para o cumprimento do dever de prestar assistência aos familiares. Essa discussão não existe quando a exigência do dever de cuidado é tratada na perspectiva dos pais em relação aos filhos, notadamente porque, a despeito de inexistir vínculos afetivos, o ascendente deve, necessariamente, prestar o sustento dos filhos menores, bastando, para tanto, que seja reconhecida a paternidade/maternidade.

Por outro lado, quando as demandas discutem o dever de cuidado devido pelos filhos aos pais, o questionamento acerca da obrigatoriedade dessa exigência normalmente gira em torno da omissão deste com relação aos descendentes, quando estes necessitavam de sua assistência. Questiona-se, portanto, se houve, de fato, a reciprocidade, ou seja, se foi conferido ao filho aquilo o que seu genitor pleiteia: cuidado.

A questão atravessa pontos relevantes, como os deveres parentais e a proteção jurídica do idoso, ambos voltados para o dever de prestar assistência,



sendo um com relação aos descendentes e o outro com relação à pessoa idosa, independentemente do parentesco. A atenção com a população anosa é dever de todos, sendo toda a legislação voltada para a proteção deste público indiferente com relação a origem do idoso que teve seu direito violado. O dever de cuidado, contudo, este sim, está estritamente relacionado à origem do longo, haja vista ser lá a fonte da exigência do cumprimento, sendo a família quem deve proporcionar, primordialmente, seu amparo.

A pesquisa demonstrou que, mesmo diante de relações extremas, como no caso de agressões no âmbito da violência doméstica e familiar, bem como da drástica destituição do poder familiar, o dever de prestar assistência permanece, haja vista a solidariedade, base deste dever, prevalecer sobre o vínculo afetivo. De forma ainda mais aprofundada, a solidariedade, nos casos de deveres parentais, está diretamente relacionada ao parentesco, cuja suspensão ou destituição do poder familiar não alcança.

Vê-se, então, que a exigência do dever de cuidado para com os ascendentes, quando de sua velhice, carência e enfermidade não mantém relação com o grau de afeto que este mantinha com seu descendente quando era jovem, farto e saudável. Se mesmo destituído do poder familiar o ascendente é obrigado a prestar o sustento do filho, porque a obrigação advém do parentesco, seria ilógico inferir que a recíproca não é verdadeira, haja vista a exigência se fundar no mesmo alicerce: a solidariedade advinda da relação de parentesco.

REFERÊNCIAS

AIRES, M. *et al.* Responsabilidade filial no cuidado aos pais idosos: estudo misto. **Acta Paulista de Enfermagem**. São Paulo, v. 32, n. 6, p. 691-699. 2019.

ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.



BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília/DF: 1990.

BRASIL. **Lei nº 2.848**. Código Penal. Brasília/DF:1940.

BRASIL. **Lei nº 10.406**. Código Civil. Brasília/DF: 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.741**. Estatuto do Idoso. Brasília/DF: 2003.

BRASIL. **Lei nº 11.340**. Lei Maria da Penha. Brasília/DF: 2006.

BRASIL. Ministério da Economia. **Regime geral de previdência social teve déficit de R\$ 15,1 bilhões em fevereiro** Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/regime-geral/rgps-deficit-em-fevereiro-e-de-r-151-bilhoes#:~:text=A%20maior%20parte%20dos%20benef%C3%ADcios,7%20milh%C3%B5es%20de%20benefici%C3%A1rios%20diretos>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. **Balanco anual do disque 100 registra aumento de 13% em denúncias de violações contra a pessoa idosa**. 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-do-disque-100-registra-aumento-de-13-em-denuncias-de-violacoes-contra-a-pessoa-idosa>. Acesso em: 14 jun. 2020.

CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAPPELLI, N.; FUNK, L. Filial responsibility: does it matter for care-giving behaviours? **Ageing Society**. v. 32, n. 7, p. 1128-1146. 2012.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



DONORFIO, L. M.; SHEEHAN, N. W. Relationship dynamics between aging mothers and caregiving daughters: filial expectations and responsibilities. **Journal of Adult Development**, n. 8, p. 39-49. 2001.

GONÇALVES, L. C. S.; FABRIZ, D. C. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. **Derecho y Cambio Social**. 2013.

GONÇALVES, L. C. S.; FABRIZ, D. C. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, C. M.; PEZELLA, M. C. C.; STEINMETZ, W. (orgs.). **Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**: Tomo I. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Cívicos).

GUEDES, M. B. O. G. *et al.* Social support and comprehensive health care for the elderly. **Physis** (on-line). v. 27, n. 4, p. 1185-1204. 2017.

HARARI, Y. N. **Sapiens**. Uma breve história da humanidade. 36. ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **População**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 30 ago. 2019.

JUSBRASIL. **Apelação Cível nº 0702852-27.2018.8.07.0010**. DJ. 3 de setembro de 2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/215408365/processo-n-0702852-2720188070010-do-tjdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

LÉVI-STRAUSS, C. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

MARQUES, F. L.; FABRIZ, D. C. Breves considerações sobre deveres com sanção e deveres sem sanção no direito brasileiro. **Derecho y Cambio Social**. Ano 10, n. 31. 2013.

MARQUES, J. P. F. R. **Algumas notas sobre alimentos** (devidos a menores). 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.



MICHAELIS on-line. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ajudar>. Acesso em: 30 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A ONU e as pessoas idosas**. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

PINTO, F. E. M. **A dimensão afetiva do sujeito psicológico**: algumas definições e principais características. v. 10, n. 10. 2007.

PONTINI, R. A.; FABRIZ, D. C. O dever fundamental dos pais e tutores de colaborar para com o sistema de saúde público por meio da vacinação de seus filhos e tutelados. **Derecho y Cambio Social**. n. 55. 2019.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA, J. P. F. H. de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. RDCl. v. 95, abr./jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1493125 / SP (2014/0131352-4)**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201493125>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1.159.242-SP**. DJ 24 de abril de 2012. STJ, 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901937019.REG>. Acesso em: 14 jun. 2020.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**. v. VI: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PRISIONAL: FAGULHA DE VIDA E LIBERDADE EM UM CONTEXTO DE OPRESSÃO



Hellen Nicácio de Araújo¹

Cyro Eduardo Blatter Moreira²

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer³

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira diuturnamente é alarmada pelo crescente avanço da violência e aumento da criminalidade.

Diante deste quadro, o Estado adotou o recrudescimento da persecução penal e, conseqüentemente, o aumento da população carcerária, como política pública de segurança.

Contudo, essa opção estatal não tem demonstrado eficácia no enfrentamento da violência endêmica que vivenciamos, principalmente porque centrada apenas na punição, desconsiderando as inúmeras vulnerabilidades sociais desta população, distanciando-se de seu “ideal ressocializador”.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça há um déficit de 354.244 vagas no Sistema Penitenciário Nacional (CNJ, 2014), que é constituído, como regra, por presídios velhos, superlotados, insalubres e com servidores com pouca capacitação para a convivência com a pessoa privada de liberdade, nos quais impera a violência institucionalizada e a violação dos direitos humanos, gerando

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV/ES); Mestre em Segurança Pública (UVV/ES); Defensora Pública do Estado do Espírito Santo.

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV/ES); Mestre em Segurança Pública (UVV/ES); Promotor de Justiça do Estado de Alagoas.

³ Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-Doutora em Saúde Coletiva pela (UFES). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A1). Coordenadora do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à saúde e Bioética. Membro do Conselho científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).



graves consequências para os presos, seja durante o cumprimento da pena, seja na vida pós-cárcere.

Contudo, em oposição a essa realidade fática, a Lei de Execução Penal brasileira, uma das mais modernas do mundo, estabelece uma série de direitos aos presos, que, se implementados, poderiam influenciar diretamente na vida das pessoas em condição de restrição de liberdade, tanto dentro, quanto fora do cárcere, dentre eles, o Direito Fundamental à educação no contexto prisional, ou, simplesmente educação prisional.

O direito à educação prisional não é uma novidade na legislação, sendo expressamente contido no arcabouço jurídico, tanto no contexto internacional, quanto nacional, especialmente após a promulgação pela Organização das Nações Unidas das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU,1955).

Entretanto, principalmente após a Constituição de 1988, a educação, inclusive a prisional, passou a categoria de Direito Fundamental, sendo um direito de todos e dever da família e do Estado, cuja finalidade é a de buscar o pleno desenvolvimento do indivíduo, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Tais efeitos deveriam ser bastante desejados pelo sistema penitenciário brasileiro, principalmente porque o grupo social que ocupa os presídios é majoritariamente composto por pessoas com histórico de carência e privação, com baixa escolarização e profissionalização, ou seja, quase sem perspectivas de vida.

Segundo pesquisas realizadas pelo Ministério da Justiça, a população carcerária é composta majoritariamente por jovens (55,07% têm menos de trinta anos) do sexo masculino (94,2%), onde 75,8% variam entre analfabetos, alfabetizados informais e ensino fundamental incompleto. Esse diagnóstico indica a potencialidade desse grupo para o desenvolvimento de uma política centrada na educação como uma das estratégias da reinserção social. Contraditoriamente, apenas 13% dessa população participa de alguma atividade educativa (BRASIL, 2016), o que indica que a questão da educação dentro da prisão precisa ser debatida de forma mais ampla, tanto pelas autoridades públicas quanto pelos pesquisadores, principalmente considerando a sua potencialidade como espaço de resistência, vida e liberdade dentro de um cotidiano de opressão.



Assim, questionamos neste artigo qual é papel do Direito Fundamental à educação dentro do contexto prisional brasileiro, onde as práticas são no sentido de punir e afligir os indivíduos?

Para tanto, por meio da perspectiva dialética e crítica, buscamos apontar, em linhas amplas, alguns efeitos deletérios causados pelo cárcere na vida do detento; analisamos o modelo de educação prisional em vigência no país, com foco no regramento sobre a matéria e as dificuldades de implementação no cotidiano das unidades prisionais e, por fim, nos debruçamos sobre a educação prisional, como um Direito Fundamental chave, que tem potencial de abrir um espaço de resistência e cidadania dentro do cárcere, com aptidão de repercutir na qualidade de vida dos reclusos dentro e fora da prisão.

2 “TODO O CASTIGO É POUCO”: A PERDA DA LIBERDADE É APENAS O INÍCIO DAS DORES

A partir do início do século XIX a prisão foi consagrada como a principal forma de punição daqueles que infringem as normas penais, tendo como objetivos: a retribuição, a prevenção e a ressocialização. Assim, espera-se que as prisões punam, disciplinando rigorosamente seus internos; evitem a prática de novas infrações, por meio da intimidação geral e individual, e por fim, supõe-se, que possam “reformatar” os indivíduos para regressar ao convívio social, por meio de uma rotina rígida e autoritária, onde se recusa ao preso qualquer possibilidade de autogoverno, mas espera-se que os apenados desenvolvam a autonomia e a consciência para viver em uma sociedade democrática (THOMPSON, 2000).

Neste sentido, Azevedo (2009) aduz que os processos de criminalização e estigmatização a que são submetidos os apenados, além de não reduzirem a violência, apenas perpetuam o modelo simplesmente aflitivo, não tendo qualquer compromisso com a ressocialização do infrator.

Hulsman e De Celis (1997) apontam que a pena privativa de liberdade teria duas características: a relação de poder exercida por aquele que pune contra aquele que é punido que, por sua vez, “deveria” reconhecer a autoridade do primeiro; e a imposição de doses de sofrimento, penitência e dor.

Pela análise do contexto carcerário brasileiro pode-se afirmar o sucesso da prisão em infligir dor como retribuição ao ilícito praticado por um indivíduo, já



que não basta à perda da liberdade, esta tem de ocorrer em condições subumanas (alimentação de péssima qualidade e escassa, violência física e sexual, falta de acesso a serviços médicos etc.). Essa conclusão encontra sustentação no pensamento de Foucault (2014) que ao referir-se a prisão no século XIX, falava que ela reproduz, de forma mais sofisticada, a ideia do suplício, que passou do corpo para o sofrimento da alma, atuando sobre coração, o intelecto e autonomia dos apenados.

Neste sentido, uma das características mais marcantes da prisão é a imposição de um regime de controle total, exercido por meio de um aparelho disciplinar que visa despersonalizar os indivíduos, procurando moldá-los cada vez mais e melhor, sendo, nas palavras de Foucault (2014) a “*maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido*”, *disciplinando todos os seus aspectos: físico, comportamental e moral*.

Dessa forma, a prisão constitui uma espécie de *Instituição Total*, local onde residem e trabalham indivíduos que vivem enclausurados, por considerável período de tempo, por supostamente, representar potencial ameaça para a sociedade, tendo sua vida formalmente administrada e seus interesses desconsiderados (GOFFMAN, 2003).

Nas prisões os indivíduos são submetidos a processos contínuos e traumáticos de neutralização de sua individualidade, sendo afastados dos papéis sociais exercidos antes da vida cárcere, com o objetivo de enfraquecer a sua autonomia e torná-los mais maleáveis aos mecanismos de enquadramento e manipulação, de forma que se habituem que outros tomem decisões por ele, sendo profundamente lesionado seu senso de autodeterminação.

Esses processos compreendem: 1) Períodos de isolamento total do mundo exterior, visando provocar um rompimento dos laços sociais, pessoais e hábitos anteriores; 2) Mutilações de imagem, como corte forçado de cabelos; 3) Substituição das roupas pessoais por uniformes comuns, velhos e reutilizados, pertencentes à Instituição, com o objetivo de despojar o interno de seus bens mais próximos; 4) Exercícios de dependência, tais como: fazer o indivíduo suplicar por uma muda de roupas, um calçado ou cobertor; 5) Tratamento agressivo e desumanizado, sendo o recluso chamado por apelidos ou números; 6) Afastamento e maus-tratos dos familiares, etc. (GOFFMAN, 2003).

Esse processo de adaptação (físico, psicológico e social) exige um grande esforço do apenado, que, por sua vez, não almeja adaptar-se, pois não deseja



sequer estar em tal situação, não quer integrar-se neste ambiente, o que leva ao agravamento da violência interna (MIOTO, 1980).

Assim, estabelece-se dentro das unidades prisionais um intenso e constante ambiente de animosidade e tensão, aumentando a possibilidade de conflitos, tanto entre os internos, quanto em relação aos agentes penitenciários, que são muitas vezes não estão preparados para lidar com essa situação, tratando os presos como “moralmente doentios, pervertidos, perigosos e subversivos”, ou seja, indivíduos quase não-humanos a quem não podem ser conferido direitos, sendo sujeito a humilhações e degradações.

Por outro lado, da parte dos presos, os agentes significam tudo o que os oprime, sendo responsabilizados por toda a negligência, frustração, carência e violência a que estão submetidos, o que os torna alvos diretos de sua hostilidade (COELHO, 2005).

Mas, não é só, além da animosidade entre os presos e os agentes penitenciários, há, ainda, os conflitos entre os próprios detentos, que são agravados pela superlotação e a falta de estrutura das unidades prisionais. São comuns relatos de espancamentos, homicídios, violência sexual, cooptação pelas organizações criminosas que operam dentro e fora do presídio como, por exemplo, o Primeiro Comando da Capital (PCC), imposição dos “códigos de ética” e comportamento com regras próprias, inclusive com punições capitais, etc.

É importante ressaltar ainda a relevância do problema do afrouxamento das relações familiares do indivíduo privado de liberdade. Quando um indivíduo é encarcerado seus familiares também suportam as consequências da prisão pelo menos, em duas vertentes: as humilhações das revistas para o acesso à unidade prisional, que desmotiva os familiares e angustia os presos, e o estigma social de ter um parente preso, de forma que eles também compartilham o descrédito conferido ao recluso pela sociedade (ARAÚJO, 2017).

Neste processo, o encarcerado precisa se adaptar à nova realidade social e cultural na qual está inserido, ocorrendo um duplo fenômeno com o detento: o descultramento e a prisionização, ou seja, é despojado abruptamente de seus valores e práticas culturais para aderir a cultura da unidade prisional que tem regras de comportamento, formas de expressão e valores próprios, tornando-se um membro do que Sykes, (1999, p. 73) denomina de “sociedade dos cativos”.



Dito de outra forma, pelo processo de desaculturação o preso é despojado de sua identidade anterior, adotando uma nova identidade pelo processo de prisionização, assumindo um novo eu, que nasce deste processo de conformação a vida e a violência do cárcere. Neste momento, pouco restou daquele indivíduo que adentrou as portas da unidade prisional, em seu lugar há outro que foi forjado pelas dores, aflições e profanações sofridas no cárcere, nasce um novo ser, o preso.

Diante de todos os processos de perda de identificação com o meio externo, perda de autonomia, de despojamento de valores, violências, opressão, ócio, enfraquecimento dos laços familiares e adaptação da cultura prisional, esperar que o indivíduo esteja em plenas condições de regressar ao convívio social externo integralmente “regenerado”, não passa de cinismo.

Lopes Junior (2005) assevera que na narrativa do “re” somente se efetiva à reincidência e à rejeição social. É um discurso ao mesmo tempo real e falso. É falso no conteúdo, mas real para a produção dos efeitos legitimadores do poder de punir.

Por outro lado, a sociedade é no mínimo indiferente às condições de vida do preso, preferindo e até desejando que ele permaneça isolado da convivência social e maltratado, ou seja, sem qualquer preocupação com a sua reinserção social (MOREIRA, HERKENHOFF, SANTIAGO, 2016, p. 50), sendo constantemente influenciada pelos “empreendedores morais” (BECKER, 2008, p. 12), que alcançam e se mantêm em posições de poder e mídia pelo discurso de ódio ancorado em frases de efeito que incitam a violência e a exclusão, tais como: “bandido bom é bandido morto”, “Vamos entupir a cadeia de bandidos. Está ruim? É só não fazer besteira que não vai pra lá”, “A polícia vai atirar para colocar no cemitério”, dentre outras joias, lamentavelmente comuns nos diversos meios de comunicação de massa.

É intrigante observar que mesmo quando esses indivíduos são alvos da violência após deixarem a prisão, não se afastam da condição de “bandidos”, sendo rotulados e identificados pelos seus antecedentes criminais ou “passagens pela polícia”. Assim, mesmo quando são vítimas da violência não são merecedores de respeito ou consideração, mas responsabilizados pela ação que os vitimou, não sendo raras expressões de desprezo e até comemoração no caso de morte, inclusive por parte de autoridades e alguns apresentadores de programas policiais.

Entretanto, esses indivíduos, fragilizados pelas inúmeras violações aos seus direitos mais básicos de ser humano, endurecidos pela realidade vivida



intramuros e suas múltiplas formas de opressão, e cada vez mais marginalizados pela sociedade extramuros, cedo ou tarde, retornarão ao convívio social geral, uma vez que no Brasil não há prisão perpétua e como interagirão com a essa sociedade que não os quer, sem ter recebido qualquer preparo para isso?

Contudo, mesmo que a realidade prisional se apresente muito diversa do necessário para alcançar os ideais de ressocialização, a reintegração social do condenado não deve ser abandonada como asseverado por Baratta (2014), ao contrário, precisa ser reinterpretada e reconstruída em outra base, ou seja, ela não pode se dar por meio da prisão, mas apesar dela, tornando menos precárias às condições de vida dos sujeitos a quem foi imposta uma pena de privação de liberdade após o cometimento de um delito.

Não se pode perder de vista que os indivíduos que estão nos presídios não perderam a sua condição de pessoa humana e, portanto, de sujeitos de direitos porque cometeram delitos e estão em condição de privação de liberdade.

Assim, o tempo de reclusão pode e deve ser aproveitado ao máximo para efetivação os direitos que, na maioria das vezes, foram negligenciados e violados em sua vida antes do cárcere, tais como o acesso à educação, ao trabalho e à assistência social, etc., como forma de minorar das múltiplas vulnerabilidades sociais que os reclusos, de uma forma geral, trazem consigo como instrumentos de liberdade e cidadania, sendo esta a perspectiva adotada neste trabalho.

3 A NORMA POSITIVADA X EFETIVAÇÃO DO DIREITO: CONTRADIÇÕES NOSSAS DE CADA DIA

A educação como direito fundamental da pessoa humana remonta ao século XVIII, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. XXII já determinava que a instrução é necessidade de todos, devendo a sociedade colocá-la ao alcance de todos os cidadãos (ONU, 1948).

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas reafirmou o referido direito fundamental, assegurando que a educação deverá ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, devendo ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.



Ainda no século XX, a educação prisional passou a integrar o rol de direitos dos presos, por meio da edição nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, nas quais há previsão de que os Estados devem adotar medidas no sentido de melhorar a educação de todos os presos sendo esta obrigatória para os analfabetos e para os jovens, enquanto durar a pena, bem como após a concessão da liberdade (ONU, 1955), ou seja, deveria se tratar de um projeto continuado cujo início ocorreria durante o cumprimento da pena, mas com extensão mesmo após o seu término, em condição de liberdade.

No plano internacional, em julho de 1997 foi firmada na Alemanha, na 5ª Conferência Internacional sobre Educação de Jovens e Adultos (Confinte V), Declaração de Hamburgo, que ampliou o direito a educação, seja no plano formal, seja no informal afirmando ser urgente estimular oportunidades de aprendizagem a todos, em particular, aos marginalizados e excluídos (UNESCO, 1997).

Neste mesmo evento, especificamente quanto à educação das pessoas privadas de liberdade foi reconhecido, no Plano de Ação para o Futuro, o direito de todas as pessoas encarceradas à aprendizagem, promovendo-lhes o acesso aos diferentes níveis de ensino e formação; prevendo a elaboração e implementação de programas de educação geral, com a participação dos presos, a fim de responder as suas necessidades e aspirações em matéria de aprendizagem, bem como facilitando que organizações não-governamentais, professores e outros educadores trabalhassem nas prisões, possibilitando o acesso das pessoas encarceradas aos estabelecimentos docentes e fomentando iniciativas para conectar os cursos oferecidos na prisão aos realizados fora dela (UNESCO, 1997).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagra a educação como Direito Fundamental Social de todos e dever da família e do Estado, tendo por objetivo o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Na seara da execução penal a Lei n.º 7210/84 – Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que a assistência educacional ao preso é dever do Estado, tendo como finalidade a prevenção de crime e orientação para o retorno a convivência social, determinando a implantação de uma biblioteca por unidade prisional, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos (BRASIL, 1984).



Entretanto, apesar de estar prevista na Lei desde 1984, a educação prisional não consta na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei Federal nº 9.394/96, como uma modalidade especial de educação, apesar de possuir características bastantes específicas e estar prevista na LEP, sendo compreendida dentre as aplicações do programa de educação de jovens e adultos (EJA).

Apenas em 2005, os Ministérios da Educação e da Justiça iniciaram as tratativas para a elaboração do Programa Nacional de Educação para o Sistema Penitenciário. Em 2009, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) editou as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais, e, no ano seguinte, o Conselho Nacional de Educação, publicou as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais, por meio do Parecer CNE/CEB nº 4/2010 e da Resolução CNE/CEB nº 2 de 21/05/2010 (BRASIL, 2012).

Desta forma, a educação prisional demorou mais de 26 anos para ser regulamentada no plano jurídico nacional, o que demonstra o imenso descompromisso das autoridades públicas em relação a esse Direito Fundamental.

Entretanto, como aduz Bobbio (2004) uma coisa é proclamar o direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. Assim, apesar de se tratar de um Direito Fundamental, dotado, portanto, de eficácia imediata, ainda não se encontra efetivado no sistema prisional brasileiro, numa total omissão inconstitucional das autoridades públicas responsáveis, aliás, como a maioria dos direitos sociais, principalmente dos direitos relativos a grupos excluídos.

Assim, a par das normativas existentes, a realidade é farta em contradições, sendo apontadas apenas algumas, por sua relevância para o tema ora tratado: o pouco interesse na efetivação do direito à educação prisional se apresenta desde a construção das unidades prisionais, que não leva em consideração a necessidade de espaços para bibliotecas e/ou importância do fácil acesso as salas de aula pelos presos.

A irregularidade na disponibilização de pessoal para fazer a escolta dos presos para as aulas, já que mesmo sendo as salas de aula situadas dentro das unidades prisionais, o deslocamento dos reclusos é acompanhado por agentes penitenciários visando evitar conflitos, fugas e troca de informações entre dos presos que possam influenciar na segurança do presídio.



A atuação dos agentes penitenciários, que são, geralmente, pouco qualificados e vivem em constante conflito com os reclusos, pouco colaborando, dificultando, ou até, às vezes, sabotando as atividades educativas, o que chama a atenção para a insensibilidade e desvalorização da escola por esses profissionais e pelo lugar dela na prisão (RANGEL, 2007).

Sob esta ótica, observamos ainda que o que deveria ser um direito de todos os presos acaba funcionando sob a lógica do prêmio/castigo, onde apenas os reclusos que tem “bom comportamento”, ou seja, os que, pelo menos aparentemente, cumprem as ordens têm acesso permitido à escola, transformando-a em moeda de troca, um benefício a ser conquistado por aquele que é “bonzinho”, enfraquecendo a natureza do direito constitucionalmente assegurado.

Pouca divulgação dos cursos ofertados e quase nenhum estímulo à participação dos presos nas atividades educativas; ausência de disponibilidade para flexibilização de horários de trabalho de forma a conciliá-lo com os estudos, o que vai de encontro ao contido na Resolução nº 03/09 do CNPCP que determina oferecimento da Educação de Jovens e Adultos em estabelecimentos penais em todos os turnos, bem como a implementação de estratégias de divulgação das ações de educação para os internos, incluindo chamadas públicas periódicas destinadas a matrículas.

Neste ponto é necessário asseverar que, apesar do pequeno contingente de presos que frequentam as atividades educativas, apenas 13% da população carcerária na média nacional, tal fato não ocorre por ausência de demanda, mas pela inexistência de oferta de vagas nos sistemas penitenciários, conforme se observa, a título de exemplo, dos dados divulgados pelo Estado do Espírito Santo.

Tabela 1 – Oferta de vagas nos sistemas penitenciários

Nível	Demanda	Oferta	Percentual de cobertura
Ensino Fundamental	10.555	2.547	24%
Ensino Médio	4.810	921	19%
Ensino Superior	2.054	0	0%
Total	17.419	3.468	20%

Fonte: Espírito Santo (2016, p. 23).



Por esse quadro temos que, no Estado do Espírito Santo, apesar de ter uma taxa de cobertura superior à média nacional a demanda pelas atividades de ensino formal é cinco vezes maior que a oferta, já que dos 17.419 reclusos que demandam esse tipo de benefício, apenas 3.468 vagas foram ofertadas, o que evidencia que a ausência de vagas é fator preponderante para o baixo índice de atividades de educação no sistema prisional e não o desinteresse dos presos em relação a ela.

Por outro lado, como os reclusos são praticamente obrigados a escolher entre as atividades laborais e educacionais, há preponderância da primeira, já que ela possibilita que eles auferam renda, além da detração pelos dias trabalhados.

Por suas atividades laborais, os reclusos recebem remuneração que corresponde a $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo, podendo este valor ser dividido em três partes: $\frac{1}{3}$ para as pequenas despesas do próprio recluso, $\frac{1}{3}$ para constituição de um pecúlio, a ser levantando no final do cumprimento da pena, e $\frac{1}{3}$ pode ser disponibilizado para família, sendo esse valor muito relevante especialmente para os mais pobres, o que representam a maioria dos casos no sistema prisional brasileiro.

O descompromisso das Secretarias Estaduais de Educação em relação à educação dos presos, que preferem investir recursos no ensino comum, relegando ao segundo plano a educação de jovens e adultos e ao terceiro lugar as escolas prisionais completam esse cenário de descaso (IRELAND, 2011; SENA, 2004).

Nesta mesma linha, temos a ausência de professores efetivos para o sistema prisional, sendo esta carência suprida por professores temporários ou monitores, o que gera descontinuidade das atividades e quebra de hábitos e vínculos, causando prejuízo para as estratégias de ensino. A título de exemplo no Estado do Espírito Santo não há sequer um educador concursado na educação prisional, todos os profissionais são temporários ou tercerizados, sendo 34 Pedagogos e Coordenadores Pedagógicos e 294 professores (ESPÍRITO SANTO, 2016).

Não se pode deixar de considerar que na maioria das vezes os alunos do sistema prisional têm suas histórias de vida marcadas pelo abandono e “fracasso” escolar, fazendo-se necessário estabelecer uma relação de confiança e estímulo entre o professor e o aluno, sendo inclusive esse um dos eixos para a educação libertadora de Paulo Freire, que fica bastante fragilizado quando os professores



são substituídos com frequência, não havendo tempo e/ou oportunidade para que sejam construídos laços de estímulo e empatia para a construção do conhecimento.

Em alguns estabelecimentos prisionais os alunos são separados dos professores por grades dentro das salas de aula, ou seja, de um lado da grade fica o professor e o quadro e do lado oposto, os alunos. Nesta situação, um espaço que deveria ser positivo para os alunos acaba por conter a mesma opressão silenciosa das barras de ferro vivenciadas por eles nos outros espaços do Presídio.

Figura 1 – Cella de aula



Fonte: CESAR (2014).

Como se estabelecer uma relação de confiança necessária e desejada para o aprendizado quando os principais atores do processo estão em lados opostos, separados por grades?

Ademais, devido a situação laboral fragilizada dos professores, já não há vínculo permanente, também não são desenvolvidas práticas pedagógicas adequadas para esse grupo específico e adaptadas para o ambiente prisional, onde a questão da segurança impõe uma série de restrições aos acessos de



materiais e até mesmo a realização de atividades comuns nas escolas fora do sistema prisional como práticas de laboratório, pesquisas na internet, etc.

A quase inexistência de cursos de formação continuada em serviço para os profissionais que atuam na educação prisional, apesar de haver previsão para esta capacitação no art. 3º, I, “b”⁴ da Resolução n.º 03/09 do CNPCP, que poderia permitir a adoção e discussão de programas e estratégias de ensino específicas para a população alvo, o que seria de fundamental importância para o desenvolvimento de atividades educativas significativas e motivadoras, tanto dos alunos, quanto de todos os envolvidos nesta atividade dentro do sistema penitenciário.

Destaca-se que os poucos cursos de formação são dirigidos a profissionais que exercem as funções de forma provisória (terceirizados e temporários), o que implica em inevitável solução de continuidade, já que a cada período de 2 (dois) anos, em média, os professores são substituídos.

Por outro lado, as Universidades também não dedicam a atenção necessária à educação prisional especialmente no que se refere à formação dos professores, uma vez que apenas alguns cursos de pedagogia e licenciatura trazem em seu currículo disciplinas ou atividades voltadas à EJA, sendo que na maioria dos casos ofertadas como disciplinas optativas ou tópicos e projetos especiais (GATTI; BARRETO, 2009), não havendo sequer menção a educação prisional como tema integrante da disciplina.

Ora, se a discussão acerca da EJA ainda encontra resistência no sentido de integrar efetivamente os currículos dos cursos de formação docente, o que dizer da educação realizada nos estabelecimentos penais?

O cenário da prisão é singular, apresentando necessidades advindas da trajetória escolar, história social e cultural dos alunos, de questões vinculadas à violência, ao delito, os dilemas vivenciados na prisão, sendo necessário que o professor que atua nessas salas de aula seja comprometido com a tarefa de educar, posicionando-se politicamente frente as questões sociais que envolvem seus alunos, acreditando que as aulas são ferramentas de transformação, de conscientização e de protagonismo, o que justifica a importância da formação

⁴ Art. 3º – A oferta de educação no contexto prisional deve: I – atender aos eixos pactuados quando da realização do Seminário Nacional pela Educação nas Prisões (2006), quais sejam: a) gestão, articulação e mobilização; b) formação e valorização dos profissionais envolvidos na oferta de educação na prisão; e c) aspectos pedagógicos [...].



específica desse profissional, uma vez que o espaço já é fator determinante de insegurança, quer para os professores iniciantes quer para os experientes (JULIÃO; ONOFRE, 2013; ONOFRE, 2010; PENNA; CARVALHO; NOVAES, 2016).

Esta ausência de formação gera uma grande dificuldade já que o professor tem que aprender com o dia a dia, sendo confrontado com uma realidade que ele conhece apenas dos relatos dos meios de comunicação, que enquadram o ambiente prisional apenas como um lugar negativo, que abriga a “escória” social. Assim, além da falta de formação específica, o professor ainda tem que lidar com seus próprios receios e preconceitos, sem a possibilidade de buscar referências em sua formação superior (ARAÚJO, 2017) ou em cursos ou estratégias de formação continuada.

Disto decorre uma consequência grave, qual seja, recai sobre os ombros do professor, despreparado e com seus medos e preconceitos, a escolha de fazer da sala de aula um momento de liberdade para os reclusos ou fazer dela a extensão da cela – “cela de estudo” onde encontramos lousa e carteiras, como afirmado por Leme (2007), na qual o ideal emancipatório da escola perde espaço para a prisão.

Outra questão que merece destaque é a oferta de cursos profissionalizantes dentro das unidades prisionais. Esses cursos são financiados geralmente pelo Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec) ou pela concessão de gratuidade ofertada pelas instituições componentes do Sistema S (Senai, Senac, Sest, etc.), além de cursos ofertados por outros parceiros privados ou públicos. Eles despertam o interesse de muitos reclusos, principalmente pela esperança de que com uma profissão possam alcançar a independência financeira após o cárcere, contudo, o número de vagas ofertado é insuficiente para a demanda dos presos, o que também leva a frustração e a desestímulo.

No Pronatec, por exemplo, para os anos de 2018/2019 foram repassados aos 25⁵ Estados da Federação, que pactuaram com o Ministério da Justiça para ofertar os cursos no sistema prisional, o total de R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais) para a disponibilização de 24.000 vagas, para uma população carcerária de 603.157 presos segundo o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018; CNJ, 2018), o que demonstra também a escassez de ofertas de vagas para os cursos profissionalizantes no sistema prisional.

⁵ Os Estados do Pará e do Rio Grande do Sul não aceitaram receber os cursos para o Pronatec Sistema Prisional.



Inegavelmente, todos os fatores acima indicados, além de outros, como o grande número presos provisórios, o cansaço, a tensão interna, as violências e desmotivação influenciam bastante no baixo índice participantes de atividades educacionais dentro do ambiente prisional.

Entretanto, na contramão de todo o exposto acima, e visando incentivar a efetivação da política pública da educação no ambiente prisional, em 29 de junho de 2011 entrou em vigor a Lei n. 12.433/11, a qual passou a admitir que o estudo contasse para efeito de remissão da pena, tornando evidente a necessidade da melhoria na oferta, organização e qualidade na educação oferecida nos presídios. Contudo, como apontado por Vieira (2013) como esta lei não garante investimentos nem determina a adoção de medidas que possibilitem participação efetiva de todos os reclusos nas atividades educacionais, assim, dificilmente alcançará o objetivo de incentivar as atividades educacionais dentro do cárcere.

Ainda em atenção às atividades educativas nas unidades prisionais, principalmente visando atender àquelas onde faltam vagas para os reclusos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação n.º 44, de 26 de novembro de 2013, que dispõe sobre a admissão da leitura como atividade educacional para fins de remição⁶ (BRASIL, 2012).

Assim, observamos que não faltam leis ou normativas para reger a educação dentro do sistema prisional, mas sobram violações aos direitos, desinteresse político e falta de gestão, que demonstra que ainda há muitas barreiras a serem vencidas para o que o direito à educação dos reclusos seja efetivado.

4 A EDUCAÇÃO PRISIONAL: UM ESPAÇO DE RESISTÊNCIA: UMA FAGULHA DE VIDA E LIBERDADE NUM ESPAÇO DE OPRESSÃO

Segundo a análise de Foucault (2014) escolas, presídios, fábricas e quartéis formam o conjunto de instituições orientadas pelos mecanismos disciplinares, cujo objetivo seria corrigir desvios, ensinando os delinquentes a obediência e a normalização, visando a docilização dos corpos.

⁶ Para obter este benefício o recluso deve ler uma obra literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras, de acordo com o acervo disponível na unidade, no prazo máximo de 30 dias, devendo apresentar uma resenha sobre o assunto.



Sobestalógica, a escola dentro da prisão se constituiria em uma sobreposição de equipamento de conformação, de tratamento e de enfraquecimento de resistências dos indivíduos, para a adequação social dos supostos desviantes.

Ambas as instituições caminhariam pareadas, com o mesmo objetivo disciplinar e reformador, sendo esta a ideia que perdurou em grande parte do século XX, causando grande desgaste e críticas para a educação prisional.

Entretanto, um olhar mais atento sobre a atuação dos professores que trabalham nas unidades prisionais, bem como sobre o funcionamento das escolas, percebe-se que a educação dentro da prisão se constitui em elemento estranho àquele contexto disciplinar, não estando devidamente adequadas ao padrão do cárcere (GRACIANO; SCHILLING, 2008). O cárcere e a escola podem e devem trilhar caminhos diversos.

A prisão tem como um dos seus objetivos moldar os indivíduos, enfraquecendo a sua autonomia e impondo uma nova cultura (descultramento e prisionização). A educação, por outro lado, como um Direito Fundamental ao desenvolvimento humano, deve buscar a emancipação, a libertação do pensamento e a formação do senso crítico, situando-se como um verdadeiro núcleo de resistência dentro do cárcere.

Como afirmado por Freire (1996, p. 74) o objetivo da educação não é transferir conhecimento, “mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”.

O direito à educação decorrente do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que tem por objetivos as diversas dimensões do indivíduo: pessoal, social e laboral.

No plano pessoal, a educação tem como objetivo o pleno desenvolvimento do sujeito o que contempla muito mais do que a transmissão de conhecimentos científicos culturais, mas desenvolvimento holístico do ser humano. No plano social, a educação tem como objetivo formar cidadãos ativos, críticos e capazes de construir uma comunidade mais justa, humana, solidária e com valores democráticos. A norma prevê ainda a capacitação para o trabalho, de forma que promova a autonomia financeira e a liberdade do indivíduo.

Essa concepção de educação, como potência libertadora tem perfeita pertinência a Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire, porque rechaça o modelo de educação “bancária” – instrumento da opressão e enquadramento, propondo



a dialogicidade, criando as possibilidades para que os sujeitos compreendam a realidade que os cerca através de uma visão crítica da mesma, respeitando-se sua cultura e história de vida de forma que possam construir meios de transformação da sua própria realidade e do mundo que os cerca – essência da educação como prática da liberdade (FREIRE, 1996), impondo-se um pensar crítico, transformador e libertador.

Nesse sentido, o objetivo da escola, como expressão do Direito Fundamental à educação, para além da aprendizagem formal imposta pelos currículos, deve ser no sentido de assegurar para as pessoas privadas de liberdade momentos em que o peso do disciplinamento e a opressão são aliviados, para que novos sentidos de vida possam ser, ao menos, imaginados, sonhados.

Como aduz Leme (2007) vários são os motivos que levam os reclusos a procurar a escola dentro do sistema prisional: uns procuram a escola visando um parecer positivo no laudo criminológico, necessário para a progressão de regime; outros frequentam as aulas para receberem o material escolar com o objetivo de trocá-los por outros produtos, como cigarros, nos escambos comuns entre os presos; outros querem apenas sair dos pavilhões para ter acesso a informações e participarem de atividade de cunho socioeducativo, tais como: aulas de música, informática, artesanato, dentre outras para ocupar o tempo ocioso; mas para outros terá para um significado especial, posto que será a primeira oportunidade de aprender a ler e escrever ou a chance de concluir os estudos, aprender uma profissão e esboçar, assim, um futuro diferente para si.

Dentro dessa multiplicidade de objetivos não é possível prever o que esse espaço e os momentos vividos por esses atores podem provocar em cada ser, mas o papel da educação é investir no desenvolvimento pessoal e na formação do cidadão, como verdadeira prática de liberdade, não podendo sucumbir às pressões que são exercidas sobre ela, no sentido de seja apenas mais um mecanismo de disciplinamento, lógica que gere o sistema prisional com um todo. Sua vocação é a resistência, que permite que o ser, mesmo após todo o processo de profanação, não sucumba inteiramente, mantendo o seu eu vivo, latente, a espera de um momento, um sopro, uma fagulha de liberdade para que possa voltar ao seu lugar de origem.

Assim, a escola, como afirma Leme (2007), precisa ser um espaço de coragem, no qual é necessário falar de liberdade onde a disciplina e a submissão



imperam; de autonomia onde não são os presos de determinam a sua rotina; de esperança onde o tempo é marcado por pesadelos.

A escola é um lugar de ética contra toda uma estrutura de corrupção e violência, sendo espaço onde é falar de “boniteza” onde as tintas perderam as cores.

Neste contexto e considerando que a maioria da população carcerária não teve acesso à educação antes de adentrar as grades do cárcere, o Direito Fundamental à educação ganha ainda maior relevância, uma vez que se trata de um direito chave para potencializar capacidades e desenvolver habilidades de forma que o sujeito possa se tornar protagonista de sua história, buscando formas de transformar sua realidade (HADDAD, 2003; JULIÃO; ONOFRE, 2013; SCARFÓ, 2006).

Entretanto, para alcançar essa finalidade à educação prisional não pode se limitar a ser unicamente conteudista, mas precisa proporcionar a conscientização dos indivíduos privados de liberdade no que se refere à autonomia, reflexão, diálogo, respeito, tolerância, mas também sobre as dificuldades que enfrentarão no cotidiano da vida após o cárcere.

A escola prisional a partir dessa perspectiva compreenderia, assim, as funções de educação formal, mas, primordialmente de desenvolvimento holístico do ser humano, ocupando um lugar de resistência de vida, que não se permite sufocar por completo, buscando as mínimas fissuras e fagulhas de liberdade mesmo em um espaço de opressão, objetivando contribuir, tanto com a vida intramuros, quanto com a vida extramuros.

Esse espaço de educação pode adquirir o valor de um “locus” de microrresistência onde alunos e professores podem, por meio de táticas (CERTEAU, 1994) ressignificar as normas subvertendo a ordem dentro da própria ordem, construindo práticas de liberdade, mesmo sendo situada em um lugar de normatividade e enquadramento.

Pistas destes efeitos favoráveis foram encontradas em pesquisa realizada por Graciano e Schilling (2008) onde foi possível identificar que as reclusas que frequentavam a escola dentro da unidade prisional, principalmente após a alfabetização, apresentavam aumento da autoestima e modificações de comportamento em suas relações com a Instituição prisional.



Nas unidades prisionais é muito comum que a forma de comunicação com o mundo exterior se dê mediante a escrita de cartas, sejam elas endereçadas a familiares, amigos, amores ou aos órgãos do sistema de Justiça, o que faz com que aqueles que não sejam alfabetizados “contratem” outros presos para escrever e ler as correspondências para eles.

Assim, quando o preso é alfabetizado isso não significa apenas que domina a escrita e a leitura, mas que ele não dependerá mais de ninguém para se comunicar, o que implica em liberdade, autonomia e preservação da intimidade e privacidade da pessoa presa (GRACIANO; SCHILLING, 2008).

Por outro lado, à leitura abre a possibilidade do acesso ao conhecimento seus direitos e deveres, o que pode acarretar a adoção uma postura mais crítica/reinvidicativa em face da administração penitenciária, o que acaba provocando mudanças, mesmo que pequenas, na Instituição prisional (GRACIANO; SCHILLING, 2008).

Quanto à perspectiva dos efeitos futuros, ou seja, na vida pós-cárcere compreendemos que a educação é um instrumento poderoso para libertação do ex-condenado da amarra da exclusão social, residindo nesse aspecto à força do desenvolvimento do ser humano.

O indivíduo que passa por uma Instituição penitenciária carrega consigo o estigma do ex-recluso, sendo muito difícil a sua reinserção social, especialmente no mercado de trabalho. Assim, a educação prisional pode ser compreendida como um importante instrumento, dentre outros, de enfrentamento dessa realidade social, por exemplo, com cursos profissionalizantes, em especial para atividades autônomas viáveis, para que o indivíduo restituído à vida extramuros construa um novo caminho, com equipamentos e meios para enfrentar a sociedade em condições diferentes daquelas vivenciadas antes e durante a prisão.

Todos esses potenciais efeitos do exercício do Direito Fundamental à educação pelos presos não podem ser negligenciados pelos governos, pelas Instituições que defendem os Direitos Humanos e por toda a sociedade, mesmo que essa não reconheça a importância do direito para o recluso, mas porque o seu exercício tem força para contribuir com a redução da violência que chegou a índices insustentáveis no país.



5 CONCLUSÃO

A violência no Brasil alcança índices alarmantes jamais vistos outrora na história desse país, contudo, a resposta dos governos é sempre a mesma, o aprisionamento crescente dos infratores.

A prisão é um lugar de opressão e de disciplinamento onde os reclusos são submetidos sistematicamente a inúmeras violações de direitos e ataques a sua autonomia, sob o suposto objetivo de serem “reformados” para a vida em sociedade, o que, na realidade não ocorre, uma vez que pelos processos de desaculturação e prisionização os indivíduos terão poucas chances de se readaptar a vida extramuros.

Assim, o cárcere cumpre apenas sua função de punir e infligir dor aqueles que estão em seu interior, agravando uma situação de vulnerabilidade e exclusão já vivenciadas pela maioria dos integrantes da massa carcerária.

Entretanto, desde o século XX a educação prisional passou a integrar o rol de direitos dos presos no âmbito internacional, o que veio a ser positivado no Brasil por meio da Lei de Execuções Penais (LEP), que prevê a obrigatoriedade da assistência educacional aos presos.

Contudo, apesar da previsão legal, o direito ao acesso à educação pelos presos só começou a ser regulamentado 26 anos após a edição da LEP, o que demonstra o imenso descompromisso das autoridades públicas em relação a esse direito fundamental.

Atualmente, apesar regulamentado para o ambiente prisional, o Direito Fundamental à educação possui pouca efetividade, sendo a participação governamental preponderante para este estado de coisas, já que o poder público demonstra a sua falta de atenção com o tema em suas mais variadas vertentes.

As dificuldades para que os reclusos cheguem as salas de aula são enormes, uma vez que os espaços de educação (salas de aula e bibliotecas) não são pensados quando da construção das unidades prisionais, ficando, assim, muitas vezes longe dos módulos onde vivem os reclusos. Por outro lado, não há agentes penitenciários suficientes para fazer o deslocamento dos presos dos módulos até as salas de aula, o que é agravado pela pouca qualificação e a constante situação de conflito existente entre esses servidores públicos e os reclusos, fazendo com que o acesso aos espaços educacionais funcione como um benefício para aqueles



que apresentam “bom comportamento”, enfraquecendo a natureza do direito constitucionalmente assegurado.

Há pouca disponibilidade por parte da administração prisional para flexibilização de horários de trabalho de forma a conciliá-los com os estudos, o que muitas vezes, leva o recluso a escolher exercer atividade laboral, já que este permite que aufera renda para si e para a família.

Poucos são professores efetivos nas escolas prisionais, sendo essa atividade exercida por profissionais temporários ou monitores o que promove a descontinuidade das atividades e a quebra de hábitos e vínculos, causando prejuízo para as estratégias de ensino.

Ainda com relação aos professores, chama atenção a ausência de formação específica para o trabalho no ambiente prisional, uma vez que nem a Universidade, na graduação e nem o Estado, na formação em serviço, oferecem instrumentos para que esse profissional possa exercer a sua função em um ambiente especial. Ou seja, ao fim, caberá ao professor, sem estabilidade e sem formação específica, a escolha de fazer da sala de aula um momento de liberdade para os reclusos ou fazer dela a extensão da cela, onde o ideal emancipatório da escola perde espaço para a prisão.

Entretanto, apesar de todas essas dificuldades, o funcionamento dessas escolas e os efeitos, ainda que pequenos, causados na vida dos presos e as suas potencialidades nos remetem a um outro sentido para a educação prisional, não de disciplinamento, mas de Direito Fundamental ao desenvolvimento humano, o qual deve buscar a emancipação, a libertação do pensamento e a formação do senso crítico, situando-se, na verdade, como um núcleo de resistência a opressão da prisão.

Neste sentido, a educação dentro do cárcere pode se colocar como um espaço de coragem, assumindo a sua função para a construção de esperança e do resgate da autonomia de todos aqueles que atuam em seu “locus”, de forma que se possa falar em “boniteza” onde as tintas aparentemente perderam as cores, buscando as mínimas fissuras por dentro da ordem de repressão, constituindo práticas de liberdade, mesmo sendo situada em um lugar de normatividade e enquadramento.

O objetivo da escola prisional, na perspectiva do direito à educação, para além da aprendizagem formal imposta pelos currículos, deve ser no sentido



de oferecer ferramentas para que às pessoas privadas de liberdade construam melhores condições de vida de forma a se soltarem da amarra da exclusão social vivenciada antes e após a prisão.

Desta forma, a educação prisional, Direito Fundamental da pessoa privada de liberdade e condição básica do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tem o potencial de contribuir para diminuição da condição de exclusão social que marca a população carcerária brasileira, resistindo à lógica do disciplinamento do cárcere, mesmo estando dentro dele, como uma fagulha de vida e liberdade num espaço de opressão.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, H. N. de. **Módulos de respeito**: práticas políticas cotidianas como uma aposta ético política para pensar os processos de (re)inserção social. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2017.

AZEVEDO, R. G. Direito e controle social: elementos para uma abordagem sociológica do campo do controle do crime. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Notadez/ITEC, n. 35, out./dez. 2009.

BARATTA, A. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. 2014. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BECKER, H. S. **Outsiders**. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, **Diário Oficial (da) União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 dez. 2015.



BRASIL. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **A educação para jovens e adultos em situação de restrição e privação de liberdade no Brasil**: questões, avanços e perspectivas. Brasília, DF, 2012. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10586-educacao-nas-prisoereferencia-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen**, dezembro 2014, publicado em 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acesso em: 30 jan. 18.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Nota Técnica n.º 1/2018/COECE/CGPC/DIRPP/DE-PEN/MJ**, que dispõe sobre subsídios para utilização de recursos financeiros na execução de ações no sistema prisional brasileiro, no âmbito do Pronatec. 2018. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/11564-mec-e-fnde-incentivam-capacita%C3%A7%C3%A3o-em-sistema-prisional>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CERTEAU, M. de. **A invenção do cotidiano**: 1 artes de fazer. Petrópolis: Vozes, 1994.

CESAR, C. Penitenciária de Joinville aponta solução para o falido sistema carcerário, **Revista Época**, 2014. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/07/uma-bpenitenciaria-de-joinvilleb-aponta-solucao-para-o-falido-sistema-carcerario.html>. Acesso em: 1º out. 2019.

COELHO, E. C. **A oficina do diabo e outros estudos sobre a criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**, Brasília, 2018. Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/06/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 30 jan. 2018.

ESPÍRITO SANTO. **Plano Estadual de Educação nas Prisões**, Vitória, 2016. Disponível em: <https://sejus.es.gov.br/plano-estadual-de-educacao-nas-prisoos>. Acesso em: 21 abr. 2019.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GATTI, B. A.; BARRETO, E. S. de S. **Professores do Brasil: impasses e desafios**. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <https://www.fcc.org.br/fcc/wp-content/uploads/2019/04/Professores-do-Brasil-impasses-e-desafios.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2019.

GOFFMAN, E. **Estigma, notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2003.

GRACIANO, M.; SCHILLING, F. A educação na prisão: hesitações, limites e possibilidades. **Estudos de Sociologia**, São Paulo, v. 13, n. 25, p. 111-132, 2008. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/1148>. Acesso em: 6 jan. 2018.



HADDAD, S. **Educação de jovens e adultos, a promoção da cidadania ativa e o desenvolvimento de uma consciência e uma cultura de paz e direitos humanos.**

São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/educacao-para-a-cidadania/educacao-para-a-democracia/textos-1/Artigo%20Promocao%20Cidadania%20Ativa.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

HULSMAN, L.; DE CELIS, J. B. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Niterói: Luam, 1997.

IRELAND, T. D. (org.). Educação em prisões no Brasil: direito, contradições e desafios. **Em Aberto**, v. 24, n. 86, p. 19-39, 2011. Disponível em: <http://www.emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/download/2313/2276>. Acesso em: 8 jan. 2018.

JULIAO, E. F.; ONOFRE, E. M. C. A educação na prisão como política pública: entre desafios e tarefas, **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 51-69, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/edreal/v38n1/05.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

LEME, J. A. G. A cela de aula: tirando a pena com letras. Uma reflexão sobre o sentido da educação nos presídios. In: ONOFRE, E. M. C. (org.). **Educação escolar entre as grades.** São Carlos: EdUFSCar, 2007.

LOPES JUNIOR, A. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da Instrumentalidade garantista).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIOTTO, A. B. A violência nas prisões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 17, n. 66, p. 273-292, abr./jun. de 1980. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181217>. Acesso em: 21 nov. 2017.

MOREIRA, C. E. B.; HERKENHOFF, H. G.; SANTIAGO, D. R. P. **Formação das organizações criminosas: macrovisão comparativa na Itália (Cosa Nostra e Camorra) e no Brasil (Primeiro Comando da Capital).** Curitiba, PR: CRV, 2016.



ONOFRE, E. M. C. Docência na prisão: professores duplamente iniciantes, aprendendo com os pares e com o contexto. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE PROFESORADO PRINCIPIANTE E INSERCIÓN PROFESIONAL A LA DOCÊNCIA, p. 1-11. Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, Paris, 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Regras mínimas de tratamento dos reclusos, Genebra, 1º **Congresso das Nações Unidas**, 1955. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMin-TratRec.html>. Acesso em: 31 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração de Hamburgo e agenda para o futuro da educação de adultos. **V Conferência internacional sobre educação de adultos**, 1997. SESI/UNESCO, Brasília, 1999. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129773porb.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

PENNA, M. G. de O.; CARVALHO, A. F. de; NOVAES, L. C. A formação do pedagogo e a educação nas prisões: reflexões acerca de uma experiência. **Cad. Cedes**, v. 36, n. 98, p. 109-122, 2016.

RANGEL, H. Estratégias sociais e educação prisional na Europa: visão de conjunto e reflexões. **Revista Brasileira de Educação** 2007, n.º 12, jan./abr. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27503407>. Acesso em: 6 jan. 2018.

SCARFÓ, F. J. **Los finales de la educación básica en las cárceles de la provincia de Buenos Aires**. 2006. Tese de Doutorado em Ciências da Educação. Universidade Nacional de La Plata. Faculdade de Humanidades y Ciencias de la Educación. Disponível em: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.400/te.400.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.



SENA, P. **Assistência educacional nos estabelecimentos penais**. Brasília, DF: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/210642.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

SYKES, G. M. **The Society of Captives**: a study of a maximum security prison. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

THOMPSON, A. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIEIRA, E. de L. G. A cultura da escola prisional: entre o instituído e o instituinte. **Educação & Realidade**, 2013, n.º 38, jan./mar. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=317227369007>. Acesso em: 5 jan. 2018.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN



Alexandre de Castro Coura¹

Allan Dias Lacerda²

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, no que tange ao controle de constitucionalidade das leis, sempre adotou a teoria da nulidade, ou seja, uma vez declarada a inconstitucionalidade de ato normativo, os efeitos dessa declaração seriam retroativos (*ex tunc*). Assim, o pronunciamento judicial seria meramente declaratório, uma vez que o entendimento é de que dispositivo seria nulo desde a sua criação.

Dessa forma, nunca foi tradição no direito brasileiro a teoria da anulabilidade, proposta por Kelsen, na qual a lei inconstitucional seria válida e apta a gerar efeitos até que a Corte Suprema declarasse a invalidade dela.

Nesse cenário, não era raro uma situação em que uma lei vigorava durante anos, produzindo efeitos plenamente, e, posteriormente era declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ensejando a nulidade de todos os atos normativos decorrentes desse ato normativo.

Com isso, a declaração de inconstitucionalidade acabava tendo efeitos mais perversos do que a eventual manutenção da norma no sistema, haja vista que muitas relações jurídicas se formavam e estabilizavam na confiança de que estavam em conformidade com as regras do ordenamento jurídico.

Em virtude dessa situação de inflexibilidade decorrente da teoria da nulidade, foi criado o artigo 27 da Lei 9.868/1999, cuja redação diz o seguinte:

¹ Pós-Doutorado como *Visiting Scholar* na *American University Washington College of Law* e *Visiting Foreign Judicial Fellow* no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Efetivo do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).



Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado³.

Assim, basicamente foi introduzida a possibilidade de modular os efeitos da decisão acerca da constitucionalidade, que teria sua eficácia manipulada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da preservação da segurança jurídica ou do excepcional interesse social.

Nesse contexto, o presente artigo busca investigar como a nossa Suprema Corte vem utilizando essa modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Para isso, o referencial teórico que iluminará a pesquisa será a teoria de Ronald Dworkin, mais especificamente na obra *Império do Direito*, que trabalha com três concepções distintas da prática jurídica, quais sejam: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade, entendendo que este último modelo é o mais adequado para ser adotado.

Destarte, o trabalho será dividido em duas partes. Primeiramente, será analisada a teoria de Ronald Dworkin, explicitando o que o autor entende por convencionalismo, pragmatismo e direito como integridade. Para, após isso, trazer à lume algumas decisões do STF em que houve a modulação dos efeitos nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/1999, analisando qual a perspectiva que está sendo adotada.

Dessa maneira, será possível responder o problema da pesquisa que é o seguinte: a modulação dos efeitos, nos moldes em que é feita pelo Supremo

³ Não se ignora que mesmo antes da criação da Lei 9.868/98 o Supremo Tribunal Federal já vinha temperando o entendimento da nulidade da lei inconstitucional, como por exemplo, no RE 147.776/SP, que declarou a inconstitucionalidade progressiva do artigo 68 do CPP, que continuaria vigorando até que a defensoria pública estivesse devidamente aparelhada, além da adoção da “Teoria do funcionário de fato”, adotada em diversos precedentes, como o RE 79.628/SP ou o MS 22388/MG, que afastava a nulidade os atos praticados por funcionário público que não tinham todos os requisitos legais, a fim de proteger as relações jurídicas dos administrados que de boa-fé envolveram-se em relações jurídicas que pressupunham a legitimidade dos atos praticados por tais funcionários.

Tribunal Federal, está de acordo com a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin?

Por fim, destaca-se que a metodologia adotada é a dialética, com a investigação dos casos a partir da teoria de Dworkin.

2 TRÊS CONCEPÇÕES DO DIREITO EM RONALD DWORKIN

2.1 CONVENCIONALISMO

O convencionalismo parte da tese de que o Direito é definido por meio de convenções sociais, tendo os juízes a tarefa unicamente de aplicar essas diretrizes previamente fixadas, não havendo espaço para modificação ou alteração. Assim, Dworkin resume essa ideia da seguinte maneira:

A força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 2014, p. 141).

Dessa forma, o magistrado, ao se deparar com um caso concreto, deve buscar alguma convenção que solucione o problema. Existindo, deve aplicá-la independentemente da sua opinião se a solução era a opção ética ou política mais adequada.

Ademais, o convencionalismo admite que o Direito não é completo, nem sempre haverá uma convenção prevendo uma solução do caso concreto, isso porque sempre haverá uma situação nova, não prevista, o mundo da vida é dinâmico demais até para o mais hábil dos legisladores. Sendo assim, o que deve fazer o juiz nesses casos? Dworkin responde da seguinte maneira:

Os juízes devem decidir esses casos novos da melhor maneira possível, mas por definição nenhuma parte tem nenhum direito a obter ganho de causa em virtude de decisões coletivas precedentes – nenhuma parte tem a pretensão juridicamente tutelada de vencer -, pois que os únicos direitos dessa natureza são aqueles estabelecidos por convenção. Portanto, a decisão que um juiz



deve tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento das decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer tipo de exigência de consistência com decisões tomadas no passado (DWORKIN, 2014, p. 142-143).

Daí extraem-se duas afirmativas pós-interpretativas do convencionalismo, a de que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias; e a de que não existe direito a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, e que, portanto, em alguns casos não existe direito. Nesse caso, devem os juízes exercitar o seu poder discricionário, utilizando padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito. Ao decidirem discricionariamente, os juízes convencionalistas criam novo direito aplicável de forma retroativa às partes envolvidas no caso (LAGES, 2001).

Com isso, é nítida a aproximação entre o convencionalismo e as teorias semânticas, pois estas se concretizariam a partir do vocabulário jurídico, de modo que seria uma contradição dizer que o direito confere direitos além daqueles estabelecidos pela convenção, enquanto aquele é uma teoria interpretativa, aceitando, inclusive, posturas ambivalentes para descrever a prática jurídica.

Por fim é importante analisar a crítica de Dworkin ao convencionalismo⁴, que fracassaria como interpretação da prática jurídica quando enfatizado o seu aspecto negativo, ou seja, a possibilidade de discricionariade para criação

⁴ Um dos alvos principais da crítica de Ronald Dworkin é Herbert Hart, que em um pós-escrito póstumo publicado na 2ª edição da obra *O Conceito de Direito* (o texto, segundo os editores, Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, não estava completamente terminado, estando faltando algumas citações em notas de rodapé), traz uma resposta a alguns dos questionamentos. Sobre a discricionariade, Hart afirma que sempre que julgam um caso difícil, os juízes não se desatinam a legislar de forma desmedida, mas realizam uma atitude interpretativa semelhante aquela que Dworkin defende, uma vez que os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar relevante para determinada área do direito. Todavia, isso não elimina o processo de criação do direito, na medida em que o juiz deve escolher, por exemplo, a melhor analogia para o caso, confiando em seu senso do que é melhor para o deslinde do caso. Com efeito, explica, o direito é incompleto e, em alguns casos, não oferta nenhuma resposta. Os Tribunais devem, portanto, exercer a função restrita de fazer a lei, chamada discricionariade judicial. Assim, a despeito da crítica de Dworkin, Hart mantém o seu posicionamento de que em alguns casos os juízes criam o direito, embora defenda que isso não é feito de forma livre, como dá a entender Dworkin (HART, 2009, p. 335-338).



do Direito quando não houve uma convenção prévia é o grande defeito desse pensamento. Essa reprovação é resumida da seguinte maneira pelo autor:

Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro (DWORKIN, 2014, p. 159).

Nesse cenário, Dworkin faz dois questionamentos ao convencionalismo, atacando as suas duas principais estruturas. O primeiro é de que o consenso alcançado entre os juristas sobre a legislação e os precedentes não decorre da convenção. O segundo é a falta de segurança jurídica decorrente da adoção dessa concepção do Direito.

Assim, quanto à questão do consenso, o autor afirma que ele não decorre necessariamente da convenção, mas da convicção compartilhada de um argumento acerca de uma determinada proposição jurídica. Dessa maneira, o autor afirma:

Em primeiro lugar, nada precisa ser estabelecido como uma questão de convenção para que um sistema jurídico possa não apenas existir, como também florescer. A atitude interpretativa precisa de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam de ser questões de convenção [...] Nossos juízes tratam as técnicas que usam para interpretar as leis e avaliar os precedentes – mesmo aqueles que ninguém contesta – não simplesmente como instrumentos legados pela tradição do seu antigo ofício, mas como princípios que, como eles afirmam, podem ser justificados em alguma teoria política mais profunda, e quando, por qualquer razão colocam isso em dúvida (DWORKIN, 2014, p. 169).

Quanto à segurança jurídica, é nítida a sua falta de garantia quando a solução para os casos difíceis, que não são tão incomuns e nem possuem formas de serem evitados pelo convencionalismo, depende da discricionariedade do juiz,



que passa a criar o Direito de forma que lhe aprouver, gerando uma surpresa que é indesejável ao funcionamento do sistema jurídico.

Assim, tratar os casos difíceis como uma possibilidade indesejada pelo sistema sem qualquer parâmetro de como lidar com a situação, certamente é uma fraqueza bastante relevante do convencionalismo.

2.2 PRAGMATISMO

O pragmatismo não se preocupa com as convenções, nem com os precedentes anteriores, essa concepção de Direito defende que os o pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão (DWORKIN, 2014).

Dessa forma, não há as amarras previstas nas convenções para limitar a atividade judicial, que pode agir livremente para tomar decisões de acordo com o que é melhor para a sociedade.

Nesse cenário, as pessoas não possuem direitos genuínos advindos da ordem jurídica. Os juízes agem “como se” todos tivessem direitos, ou seja, as pessoas, genuinamente, não têm direitos verdadeiramente, essas previsões contidas em convenções só serão concretizadas na medida em que não sejam consideradas prejudiciais à sociedade pelo magistrado.

Um exemplo é interessante para elucidar a questão: considerando o direito à saúde uma proteção constitucional, sendo uma garantia de todos uma assistência ampla a ser garantida pelo Estado, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos. Suponha que um indivíduo com uma doença grave e que necessita de um tratamento que envolva um remédio de alto custo vá ao Judiciário e requeira um financiamento para esse tratamento. O Estado, por outro lado, defende que esse tratamento, embora seja importante não pode ser financiado com o dinheiro público, pois isso inviabilizaria o investimento que poderia salvar milhares de outras pessoas, tendo em vista que o orçamento não possui um valor alto para esse setor. Um juiz alinhado a uma postura pragmática não consideraria como essencial o fato de a Constituição prever o direito à saúde a essa pessoa, tampouco os precedentes de outros tribunais seriam decisivos, a



conclusão dependeria de como essa decisão poderia impactar a sociedade, enfim, se a concessão do tratamento seria mais benéfica ou não. Como a postura do magistrado é interpretativa, não há como definir previamente a resposta, mas a argumentação é definida por esse aspecto de melhor projeto para o futuro, aliás, esse é o ponto central da teoria, as decisões judiciais voltam-se essencialmente para o futuro.

Ronald Dworkin resume bem essas ideias, quando afirma:

Portanto, se quisermos apoiar o pragmatismo na segunda dimensão, a política, devemos aceitar e em seguida explorar sua característica central, seu ceticismo quanto às pretensões jurídicas tuteladas. O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípios com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. Essa ideia explica a estimulante retórica do início do movimento 'realista', que já mencionei aqui: por que disseram que o direito não existe, que o direito é apenas uma previsão do que farão os juízes (DWORKIN, 2014, p. 196-197).

Comparando o pragmatismo com o convencionalismo, Dworkin defende que este é superior, visto que garante maior flexibilidade na determinação de uma sociedade melhor.

Entretanto, essa preocupação exclusivamente com o futuro não leva os direitos a sério, uma vez que não considera a ideia de comunidade de princípios e, por isso, não consegue extrair a prática jurídica em sua totalidade, algo que só será possível a partir da ideia de direito como integridade, que será estudada no próximo tópico.

Stephen Guest, discorre sobre o assunto da seguinte maneira:

Dworkin pensa que o pragmatismo é melhor que o convencionalismo porque permite mais flexibilidade na determinação de uma sociedade melhor. Permite, por exemplo, que os juízes façam todos os tipos de julgamento a respeito de maneiras sensatas e imaginativas que a comunidade pode desenvolver. O pragmatismo tem essa força frente ao convencionalismo, que vincula a tomada de decisões apenas às meras convenções. Mas o pragmatismo só reconhece decisões conformes a 'direitos' individuais como instrumentais para melhorar a sociedade, e esse relato, nos termos de Dworkin,



não leva os direitos a sério [...] Mas a ideia de comunidade do pragmatismo não é suficientemente complexa para Dworkin, na medida em que deixa de reconhecer a ideia de uma comunidade de princípios. O convencionalismo justificava a coerção da comunidade por meio da referência à mera concordância. A justificação mais flexível do pragmatismo não extraía nenhum sentido real da história passada de um grupo. A integridade, por outro lado, unia o passado e o presente e incorporava a ideia fraternal de todos os membros da mesma comunidade como iguais (GUEST, 2010, p. 202).

Portanto, a ideia de decisão voltada para o futuro que é uma das marcas do pragmatismo não possuía o ideal defendido por Dworkin, pois, ela ignorava o conjunto de princípios que formam o verdadeiro Direito das pessoas de uma sociedade.

2.3 INTEGRIDADE

2.3.1 A virtude da integridade política

Dworkin defende que a teoria política utópica, cujo objeto de estudo é a justiça social do ponto de vista de pessoas que não estão comprometidas com nenhum governo ou Constituição, e a política comum compartilham algumas virtudes que o autor denomina de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Por equidade, na política, entende-se a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada. A justiça, por sua vez, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos (DWORKIN, 2014).

Além dessas três virtudes, Dworkin afirma que a política comum possui um outro ideal, não compartilhado pela teoria política utópica, que consistiria na integridade.

Partindo do clichê segundo o qual os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, ele esclarece que a integridade se torna um ideal político



quando se exige o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando se insiste que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 2014).

É a inter-relação da integridade com os outros ideais políticos citados que garantiria um argumento geral, não estratégico, para reconhecimento de direitos, o que garantiria uma resposta à tese pragmática.

Assim, a integridade da concepção de equidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do legislativo sejam reconhecidas pelo resto do direito. A integridade da concepção do devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos. São essas exigências que justificam o compromisso com a coerência de princípio e sustentam que a integridade é a vida do Direito (DWORKIN, 2014).

O autor faz ainda uma divisão em dois outros princípios mais práticos: a integridade na legislação, que pede aos que criam o direito pela legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios e a integridade no julgamento que pede que os intérpretes ao decidir o que é a lei, façam com que ela seja cumprida de forma coerente (DWORKIN, 2014).

Assim, o passado ganha destaque nessa ideia de integridade defendida por Dworkin, afastando-se dessa maneira da proposta pragmática, afinal, os juízes passam a conceber que o Direito não é mais guiado unicamente por um interesse estratégico, a liberdade de decisão não é absoluta, ela está limitada pela integridade daquela comunidade.

2.3.2 A integridade no Direito

A aplicação da integridade no Direito pretende romper com o reducionismo das teorias convencionalistas, voltado unicamente para o passado, e pragmáticas, com objetivo apenas no futuro, buscando valorizar tanto o passado, que não aprisiona o intérprete em suas conclusões quanto o futuro, que já não é mais



guiado por um interesse estratégico, respeitando a aplicação coerente dos princípios que garantem direitos às pessoas.

Dessa forma, a ideia de comunidade regida por um conjunto de princípios que devem ser respeitados e aplicados de forma coerente na prática judiciária é extremamente valorizada, cabendo ao juiz valorizar as convenções tomadas no passado, mas aplicando-as com os olhos no presente.

Assim, a discussão sobre a vontade do legislador perde relevância nesse ambiente, visto que o contexto a ser analisado não é o da criação da lei, mas sim o da aplicação à realidade em que ela é submetida.

Trazendo isso para a realidade brasileira, podemos citar o caso do casamento, que quando da promulgação da Constituição de 1988 era um ato restrito à união de homem e mulher, não havendo muita discussão a esse respeito. Entretanto, com as mudanças sociais ocorridas, tal termo ganhou elasticidade e hoje é entendida como possível a união entre pessoas do mesmo sexo, estando dentro dessa mesma ideia de casamento.

Repare que não houve uma mudança que desrespeitasse os princípios que asseguram e protegem o casamento, ele continua sendo uma forma de união que valoriza a família. Um juiz convencionalista, certamente, não aceitaria essa mudança, estando preso às interpretações originais dos criadores da Constituição, mas uma aplicação do direito como integridade não só admite como exige que o Direito esteja voltado para o presente, adaptados à realidade atual.

Nesse diapasão, também perde força uma Exposição de Motivos para um Código Penal, visto que os motivos originais do instante da criação das leis embora sejam importantes e sirvam como norte interpretativo, não são determinantes para aplicação de uma determinada norma, que, embora tenha como de partida uma convenção criada no passado, deve levar em consideração o momento do presente.

Nesse sentido, Dworkin resume da seguinte maneira a situação:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história



geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma firmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2014, p. 274).

Para explicar com mais clareza a sua teoria, Dworkin traz a ideia do romance em cadeia, comparando a atividade do juiz com a de um escritor, num paralelo do Direito com a literatura.

Assim, a decisão seria como um grande romance a ser escrito pela comunidade jurídica, na qual cada romancista seria responsável por escrever um capítulo dessa história, que deveria ser produzida como se a obra fosse produzida por um único autor.

Nessa tarefa, então, não poderia ocorrer uma ruptura completa do capítulo atual com o capítulo anterior, visto que a história seria a mesma, devendo haver um respeito que traduza uma ideia de continuidade (isso remete à necessidade respeitar os precedentes), entretanto, ao mesmo tempo, seria aberta ao romancista a possibilidade de trazer novos elementos, contribuindo para o desenvolvimento e formação da história (aqui fica claro que embora as convenções sirvam de parâmetro, elas não paralisam a atividade criativa do juiz).

Para expor essa atividade no Direito, Dworkin cria o juiz Hércules, um magistrado imaginário, que teria capacidade e paciência sobre-humanas. Resumindo essa atuação de Hércules, pode-se dizer que, ao se deparar com um caso difícil, ele sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão.

De forma resumida, podemos afirmar que, segundo Dworkin, uma vez tendo o legislador realizado a sua escolha (escolha essa realizada durante o processo legislativo), os indivíduos têm direitos não apenas à atribuição explícita contida no texto legal, mas também à extensão a outras atribuições fundadas nos princípios subjacentes à lei, em casos que ainda não foram expressamente solucionados (LAGES, 2001).

Resta dizer ainda que o legislador também deve se fundamentar na integridade, embora o discurso utilizado pelo ele seja diferente do discurso usado



pelo juiz, uma vez que este se baseia em argumentos de princípios de princípios, enquanto aquele tenha sua atuação pautada em argumentos de política. Sobre o assunto, o autor afirma:

Os argumentos políticos justificam uma decisão política, demonstrando que favorecem ou protegem alguma meta coletiva da comunidade com um todo. (Por exemplo) o argumento em favor de um subsídio para os fabricantes de aviões, a fim de se proteger a defesa nacional, é um argumento político. Os argumentos de princípio (por sua vez) justificam uma decisão política, demonstrando que tal decisão respeita ou assegura algum direito, individual ou em grupo. (Por exemplo) O argumento em favor das leis que se opõem à discriminação (racial nos Estados Unidos) e que sustentam que uma minoria tem direitos a igual consideração e respeito é um argumento de princípio (DWORKIN, 2010, p. 128-129)⁵.

Dessa forma, Dworkin aponta a diferença entre a criação e a aplicação do Direito, demonstrando que enquanto na atividade legislativa há uma desvinculação, dentro dos parâmetros constitucionais, com as decisões políticas tomadas no passado, na atividade judicial há uma estabilização de expectativas de comportamento, sendo exigida uma coerência na aplicação normativa, que deve considerar os precedentes também a situações futuras (COURA, 2009).

Assim, o autor conclui sua obra afirmando que

A teoria do direito como integridade nos oferece um novo conceito do direito: o direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no seu mais amplo sentido [...] Por fim, a atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções (DWORKIN, 2014, p. 492).

⁵ Embora essa diferenciação seja originalmente produzida na obra *Levando os Direitos a sério*, Dworkin não a nega na obra *Império do Direito*, sendo ela pertinente e ainda adotada pelo autor. Nesse sentido, pode ser observada as notas explicativas no final da obra (DWORKIN, 1986, p. 438).

3 ANÁLISE DE JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando as concepções de Direito de Ronald Dworkin, serão analisados alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a modulação dos efeitos para observar qual tem sido o perfil da Supremo Corte na aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99.

3.1 A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL NO CASO DE CRIMES HEDIONDOS (HC 82.959/SP)

A Lei 8.072/90 previa no artigo 2º, §1º, que o cumprimento de pena seria feito em regime integralmente fechado. Muito se discutiu acerca da constitucionalidade do dispositivo, que, para muitos, feria o princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal, sendo que o Supremo Tribunal Federal havia, num primeiro momento, se posicionado pela constitucionalidade da norma (HC 85692/RJ e HC 85687/RS).

Essa situação, entretanto, foi alterada com o julgamento do HC 82959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90 e passou a permitir a progressão de regimes no caso de crimes hediondos.

Embora não seja o objetivo desse artigo discutir as razões dessa decisão, sinteticamente, pode-se dizer que o entendimento é de que essa previsão legal feria o princípio da individualização da pena. A partir daí, foi motivada a criação da súmula vinculante 26 (Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico).

No que diz respeito à modulação dos efeitos, que é o nosso objeto, pode-se notar que pouco foi discutido a respeito, tanto que no voto do Ministro Gilmar Mendes, que conduziu o julgamento, há apenas poucas linhas tratando do assunto, sendo definido que a eficácia da decisão seria *ex nunc*, contrariando a





regra geral da nulidade dos atos inconstitucionais e aplicando o artigo 27 da Lei 9.868/99.

Isso ficou demonstrado nos Debates (apartes) do inteiro teor, quando há uma pequena discussão sobre o assunto, com a preocupação de que a decisão não pudesse atingir condenados cumprindo pena, em razão do efeito *ex nunc*, quando fica esclarecido que a decisão não teria uma eficácia completamente não retroativa, seria, segundo o Ministro Gilmar Mendes uma eficácia *ex nunc* mitigada. Essa mitigação foi traduzida da seguinte maneira pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Creio que a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, lendo, hoje, a monografia que é o voto de Sua Excelência sobre a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade que, depois, dedica cinco linhas ao caso concreto. Creio que a preocupação principal foi a responsabilidade civil pelas penas já cumpridas integralmente em regime fechado às extintas [...] Então, creio, realmente, Sua Excelência não dá efeitos *ex tunc* apenas com relação a conseqüências não penais do eventual cumprimento integral da pena em regime fechado (BRASIL, 2006).

A resposta do Ministro Gilmar Mendes confirma essa tese, quando ele afirma: “Não posso supor que o Estado vá agora responder pela prisão, se se considera que era constitucional à época” (BRASIL, 2006).

Dessa forma, verifica-se que esse julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à modulação dos efeitos, deu ênfase unicamente à questão da responsabilidade civil do Estado, as conseqüências econômicas que isso poderia acarretar. Não houve qualquer discussão a respeito do direito das pessoas presas, que permaneceram sem direito à progressão de regime em razão de uma norma considerada inconstitucional.

Esse também é o entendimento de Nadejda Maciel D’Albuquerque, que analisando a mesma temática concluiu:

Observe-se que, aquele que cumpriu a pena integral em regime fechado, como previa a norma específica declarada inconstitucional, mantém o direito de poder entrar em juízo para pedir uma possível reparação. É inegável o direito de pedir em juízo. Sendo também a responsabilidade civil objetiva do Estado por seus atos em geral



(art. 37, §6º) e pelo excesso na execução penal em particular (art. 5º, LXXV) tem status constitucional. Já a decisão sobre uma possível reparação é dada na análise do caso concreto levantado em juízo por parte do condenado que se sinta lesado. Porém, observa-se que o STF, utilizando-se da decisão sobre este Habeas Corpus, no qual se pleiteava somente o direito daquele preso à progressão imediata do regime integralmente fechado para outro, decidir concomitantemente pela impossibilidade de indenização, para o impetrante e também para todos que estejam vivenciando caso semelhante. Retirando, dessa maneira, de todos os condenados por crime hedindo e que cumprem ou cumpriram pena em regime integralmente fechado, o direito de pedir em juízo qualquer reparação, mesmo no reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que assim previa a execução penal nesses casos (D'ALBUQUERQUE, 2012, p. 93-94).

Nesse contexto, o que se verifica é que essa decisão do STF teve um caráter consequencialista e adequou-se à concepção de Direito pragmática, ao menos no que diz respeito à modulação dos efeitos, tendo em vista que a preocupação central não foi com o direito à responsabilidade civil que os prejudicados teriam, esse tema sequer foi debatido com profundidade, esses direitos não foram levados a sério. O foco todo ficou nas consequências orçamentárias que as milhares de ações de indenização poderiam provocar, tendo a Suprema Corte decidido o que ela achava melhor para o futuro, independente dos direitos.

3.2 PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DE CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL (RE 5598829/RS)

O caso do RE 5598829/RS (que teve a situação analisada nos mesmo moldes do RE 556664/RS, RE 559943/RS e RE 560626/RS) foi um julgado em que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que fixavam em 10 (dez) anos o prazo prescricional das contribuições da seguridade social.

Essa decisão motivou a edição da súmula vinculante 08 (São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário).



Especificamente sobre a modulação dos efeitos, o site do STF resumiu a decisão da seguinte maneira:

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram na tarde desta quinta-feira (12) modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que tratam dos prazos de prescrição e decadência em matéria tributária. Por maioria de votos, o Plenário decidiu que a Fazenda Pública não pode exigir as contribuições sociais com o aproveitamento dos prazos de 10 anos previstos nos dispositivos declarados inconstitucionais, na sessão plenária de ontem. A restrição vale tanto para créditos já ajuizados, como no caso de créditos que ainda não são objeto de execução fiscal. Nesse ponto, a decisão teve eficácia retroativa, ou seja, a partir da edição da lei.

A modulação dos efeitos da decisão faz uma ressalva, no entanto, quanto aos recolhimentos já realizados pelos contribuintes, que não terão direito a restituição, a menos que já tenham ajuizado as respectivas ações judiciais ou solicitações administrativas até a data do julgamento (11 de junho).

Dessa forma, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, explicou que 'são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos artigos 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento'.

Assim, os contribuintes que ajuizaram ações até ontem (11), data do julgamento no STF, serão beneficiados com a declaração de inconstitucionalidade e deverão receber de volta o tributo que foi recolhido indevidamente. Já aqueles contribuintes que não ajuizaram ações até a última quarta-feira, não terão direito a reaver o que já pagaram (STF, 2008a).

A tese vencedora do Ministro Gilmar Mendes possuía os seguintes argumentos:

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*,



até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica.

Ressalte-se que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no recurso extraordinário sobre as decisões de outros órgãos judiciais nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão (BRASIL, 2007).

Esse caso, todavia, não teve unanimidade, sendo relevante observar os argumentos do voto do Ministro Marco Aurélio:

Indago: podemos cogitar de contexto a autorizar a modulação? A meu ver, não. E decidimos, há pouco – só que aqui os ventos beneficiam o Estado e no caso a que me refiro, o pleito se mostrou dos contribuintes em situação mais favorável à modulação, e ela foi rechaçada, quando examinamos a questão da alíquota zero e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O Tribunal, nessa oportunidade – e buscavam os contribuintes a modulação -, apontou que não haveria como se cogitar de insegurança jurídica porque os pronunciamentos anteriores, estes sim a favor dos contribuintes, dos beneficiários do pleito de modulação, não teriam transitado em julgado. Ora, Presidente, neste caso concreto, em que a jurisprudência do Supremo, desde 1969, sempre foi no sentido de se ter como indispensável o trato da matéria mediante lei complementar – e a Lei nº 8.212, repito, é de 1991 -, não há premissa que leve o Tribunal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais porque, posteriormente, ante a morosidade da Justiça, se acaba chegando a um meio termo que, em última análise em vez de homenagear a Constituição, de torná-la realmente observada por todos, amada por todos -, passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte.

De mais a mais, os contribuintes que recolheram indevidamente o tributo não terão o prazo de dez anos para a ação de repetição de indébito! Disporão de cinco anos, o que já afasta gama enorme de contribuintes que teriam direito à devolução do que satisfeito à margem da ordem jurídica, considerada toda sorte de medidas coercitivas do próprio Estado. Não vejo com bons olhos,



Presidente, a modulação em caso que acaba por diminuir a eficácia da Constituição Federal. A modulação quando, em última análise, há o prejuízo para os contribuintes, já exasperados com a carga tributária e, também, o locupletamento do Estado (BRASIL, 2007).

Nesse contexto, a conclusão a que se chega nesse julgamento não é diferente do HC 82.959/SP, ou seja, a preocupação não está no direito dos contribuintes que foram afetados negativamente por uma norma inconstitucional, mas em garantir que as contas do Estado não fossem afetadas negativamente pela decisão.

A aparência de meio-termo que o STF tentou demonstrar não convence, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade, naturalmente, fulminaria com qualquer auto de infração ou cobrança que fosse levado adiante pelo Estado, diferentemente das repetições de indébito, que, provavelmente, seriam mantidas caso respeitasse os demais requisitos legais, tendo sido tal fato constatado pelo voto divergente.

Dessarte, trata-se de mais uma decisão consequencialista, que visa apenas à proteção dos cofres do Estado, ignorando os direitos previstos na Constituição em virtude de produzir um suposto bem para a sociedade em geral.

3.3 PROPORCIONALIDADE DO NÚMERO DE VEREADORES À POPULAÇÃO DO MUNICÍPIO (RE 197.918/SP)

O caso do RE197.918/SP trata de um julgamento acerca da proporcionalidade do número de vereadores à população do município, tendo em vista que, no caso em análise, a cidade com pouco mais de 2.600 (dois mil e seiscentos) habitantes tinha 11 (onze) vereadores, o que, na visão do STF, não era desproporcional e afrontava a Constituição. Alerta-se que essa situação não era rara em diversas outras cidades do Brasil.

Como resultado do julgamento a Corte Máxima considerou a lei inconstitucional, mas modulou os efeitos da decisão a fim de que os atos legislativos criados por essa Câmara de vereadores continuassem válidos, embora fossem necessárias medidas para futuramente o órgão legislativo se adequar à decisão do RE 197.918/SP.

O site do STF resumiu a notícia da seguinte forma:



Recurso Extraordinário nº 197.917 – Diário da Justiça – 07/05/2004. Ao constatar-se a inconstitucionalidade da lei impugnada, a situação consolidada deve ser respeitada, em nome do princípio da segurança jurídica. A declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Fazendo prevalecer o interesse público, conferiu-se, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou integralmente sentença de primeiro grau a qual, reconhecendo a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, reduziu de onze para nove o número de vereadores, decretando a extinção dos mandatos que sobejaram o número fixado. A Constituição do Brasil dispõe que o número de vereadores deve ser proporcional à população do Município (art. 29, IV). O recorrente alegou que o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, em desrespeito à proporcionalidade exigida pela Constituição Federal, fixou número excessivo de vereadores, tendo em vista que o Município em questão possuiria somente 2.651 habitantes.

O Plenário do Tribunal entendeu que a Constituição Federal, em seu art. 29, IV, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimo e máximo fixados pelas alíneas 'a' e 'c' do mesmo dispositivo. Dessa maneira, asseverou-se que deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, apenas com observância aos limites máximo e mínimo, é tornar sem sentido a exigência constitucional expressa da proporcionalidade. Sendo assim, a Lei Orgânica que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem observar a relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, sendo contrária ao sistema constitucional vigente. A não observância da exigência da proporção contrariaria os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade.

Os Ministros consignaram, portanto, a necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais invocados de modo a se observar parâmetro aritmético generalizado, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte em formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. A orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal, neste caso, seria confirmada pelo modelo constitucional de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (arts. 27 e 45, §1º, da



Constituição Federal). Vencida a tese de que, sob pena de violação da autonomia política municipal, os municípios, respeitados os limites constitucionais máximo e mínimo, têm a discricionariedade para decidir sobre a composição da Câmara de Vereadores. Os Ministros, ao constatarem a inconstitucionalidade da lei impugnada, depararam-se com o fato de que a situação consolidada, em nome do princípio da segurança jurídica, devia ser respeitada, pois tratar-se-ia de situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente.

Dessa forma, fazendo prevalecer o interesse público, conferiu-se, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, incidenter tantum, o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 226/1990 do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores (STF, 2004).

O voto do Ministro Gilmar Mendes entende que se fossem anuladas as eleições realizadas por conta do número irregular de vereadores, as repercussões no sistema causariam grave insegurança jurídica, pois alteraria a composição da Câmara, o modo de fixação do número de vereadores, criaria problemas quanto aos candidatos, além da afetação do quociente eleitoral (BRASIL, 2002).

Nesse caso, embora a discussão maior tenha se dado sobre o critério aritmético proposto para calcular a proporcionalidade de vereadores nos municípios, o que se notou foi uma preocupação do STF em que os direitos advindos de atos legislativos não fossem violados em razão da inconstitucionalidade das Câmaras de Vereadores.

Assim, diferentemente dos casos acima citados, não houve uma preocupação em inovar e proferir uma decisão que atropelasse os direitos das pessoas a fim de proteger o Estado. Pelo contrário, foi visando evitar as consequências deletérias que a adoção da teoria da nulidade poderia provocar é que a Suprema Corte aplicou o artigo 27 da Lei 9.868/99 e modulou os efeitos da decisão⁶.

⁶ Em sentido contrário, Nadejda Maciel D’Albuquerque afirma: “Ao manter o entendimento reiteradas vezes de que, nesses casos, em nome da segurança jurídica deve-se manter o município



Justamente por não se ignorar a importância das convenções antigas, que geraram uma relação de confiança nas pessoas é que o STF reconheceu as relações baseadas nelas, embora tenha considerado inconstitucional os efeitos e exigido uma readequação de conduta a fim de compatibilizar o conteúdo com a Constituição.

Dessa forma, pode-se dizer que “os capítulos anteriores do romance” não foram ignorados, ao mesmo tempo em que o novo capítulo trouxe uma contribuição importante para a história, estando esse julgamento conforme a ideia de Direito como Integridade, defendida por Ronald Dworkin.

3.4 CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ADI 4029/DF)

Analisaremos agora um último caso, a fim de verificar se as decisões do Supremo Tribunal Federal estão de acordo com o Direito como Integridade. O caso da ADI 4029/DF trata da criação do Instituto Chico Mendes (ICMBio), que se originou de uma Medida Provisória, que se converteu na Lei 11.516/2007 sem, contudo, passar pela Comissão Mista do Congresso Nacional.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal entende que essa avaliação é fundamental para obedecer a Constituição, foi declarada a inconstitucionalidade da Resolução do artigo 6º da OI/2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados.

Como muitos atos já haviam sido produzidos com base na supracitada Resolução, o STF não adotou a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, modulando os efeitos e dando prazo de 02 (dois) anos para que o Congresso Nacional regulasse a matéria, além de excluir os efeitos da decisão em relação às medidas provisórias que não passaram pela Comissão Mista.

e convalidar a irregularidade da sua situação gera-se um estímulo negativo por parte do Tribunal à prática de atos inconstitucionais, um contra senso marcado pela tolerância recorrente à violação da norma. Assim, preservando os efeitos, gera-se um estímulo ao descuido no controle preventivo por parte dos legisladores, pois sabe-se que, na pior das hipóteses, se a norma que criou o município for declarada inconstitucional, seus efeitos ainda podem ser preservados”. Apesar da respeitável opinião, entendo que não é obrigação do STF servir de exemplo para o Congresso Nacional, esse olhar para o futuro aproxima-se da visão pragmática, cujos defeitos já foram expostos ao longo do trabalho. Assim, ainda que isso possa de fato gerar um sentimento de acomodação no Poder Legislativo, a proteção dos direitos das pessoas deve ser a prioridade do Poder Judiciário, especialmente do STF.



O resumo do caso é o seguinte:

Notícias STF

Quinta-feira, 08 de março de 2012

Tramitação de novas MPs no Congresso terá de obedecer rito previsto na Constituição

A partir de agora, as novas medidas provisórias (MPs) que vierem a ser encaminhadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional terão de observar, em sua tramitação, o rito previsto pela Constituição Federal (CF) em seu artigo 62, parágrafo 9º, isto é, deverão ser obrigatoriamente apreciadas por uma comissão integrada por deputados e senadores, não podendo mais ser apreciadas pelo Parlamento apenas com parecer do relator, quando esgotado o prazo para sua apreciação pela comissão mista. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), entretanto, não alcança as MPs já convertidas em lei e as que estão em tramitação no Legislativo.

Mudança

Com a decisão, tomada nesta quinta-feira (8) em acolhimento de uma questão de ordem levantada pela Advocacia-Geral da União (AGU) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4029, julgada ontem (7), o Plenário modificou a proclamação da decisão e declarou a inconstitucionalidade incidental dos artigos 5º, caput, e 6º, parágrafos 1º e 2º, da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional, que não enquadraram o rito de tramitação das MPs nos exatos termos previstos pela Constituição.

Chico Mendes

A ADI 4029 questionava o rito pelo qual foi aprovada a MP que se transformou na Lei 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), e pedia a declaração da sua inconstitucionalidade. O acolhimento da questão de ordem resultou na declaração de improcedência da ação.

Ontem, a ADI havia sido julgada parcialmente procedente. O STF havia declarado a inconstitucionalidade da lei, mas dado prazo de dois anos para que o Congresso Nacional editasse nova norma para garantir a continuidade da autarquia. Com a decisão de hoje, a lei foi validada, pois o Congresso Nacional deverá seguir o trâmite previsto na Constituição Federal apenas daqui para frente.

Em sua decisão de hoje, a Corte levou em consideração a impossibilidade de retroação em relação às MPs convertidas em lei sob o rito previsto na Resolução 1/2002, que interferem nos mais diversos setores da vida do país. Além disso, a retroação levaria o Congresso Nacional a iniciar nova tramitação de todas essas medidas provisórias.



A questão de ordem foi levada ao Plenário pelo ministro Luiz Fux, relator da ADI 4029. A AGU havia pedido prazo de 24 meses para o Congresso Nacional adaptar-se à regra constitucional, mas o ministro propôs que as MPs já convertidas em lei e as ainda em tramitação não fossem alcançadas pela decisão.

O presidente do STF, ministro Cezar Peluso, e o ministro Gilmar Mendes advertiram que era necessário modificar a proclamação da decisão de ontem e a proposta foi acolhida pelo Plenário. Por fim, quanto ao resultado final, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que mantiveram o entendimento anterior, ou seja, pela procedência da ADI 4029, embora por motivos diferentes (STF, 2008b).

O voto do Ministro Luiz Fux, relator expõe a tese adotada:

No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas ex tunc do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa (STF, 2008b).

Assim, trata-se de mais uma situação em que a declaração de efeitos ex tunc seria mais prejudicial e não respeitaria direitos que foram criados e consolidados com base numa relação que se acreditava regular.

Dessa maneira, tal qual o RE 197.918/SP, essa decisão foi a mais prudente e conservou as relações jurídicas de modo a preservar a integridade do sistema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou entender se o Supremo Tribunal Federal tem adotado a Teoria do Direito como Integridade na aplicação da modulação dos efeitos de suas decisões.

Com isso, foram estudadas as três concepções de Direito que Ronald Dworkin propõe na sua obra “O Império do Direito”. O convencionalismo, que se volta para o passado, não sendo uma teoria adequada, pois quando se depara com



um caso difícil a solução encontrada é aceitar uma completa discricionariedade do juiz. O pragmatismo, que se volta para o futuro e peca por não levar os direitos a sério, uma vez que garante ao magistrado a capacidade de escolher qual seria o melhor caminho para uma sociedade, ignorando as convenções já estabilizadas, como as leis e os precedentes. Por fim, o Direito como integridade, que parte da ideia de que a comunidade é regida por um conjunto de princípios, que devem ser protegidos e adequados à realidade. Trata-se, então, de uma concepção que parte do presente, mas valoriza as decisões do passado e busca o melhor caminho para o futuro.

Foram escolhidos quatro casos⁷ para analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal na aplicação do artigo 27 da Lei 9868/99, que trata da modulação dos efeitos. Daí, nota-se que não há um critério bem definido para utilização dessa ferramenta, havendo decisões que tendem para um caminho e outras que levam a outro.

Quando o assunto lida de alguma forma com a responsabilidade civil do Estado ou a necessidade de repetição de indébito de tributos cobrados indevidamente, a postura da Suprema Corte é bastante pragmática, volta-se à defesa dos cofres públicos, passando por cima dos direitos das pessoas.

Por outro lado, quando o assunto versa sobre a organização da Administração Pública, a ideia é manter na medida do possível as relações baseadas em leis consideradas inconstitucionais, a fim de proteger os direitos daqueles que acreditavam estar conforme o Direito no momento da realização dos atos.

Ademais, a própria Administração Pública e o Judiciário também são preservados, porquanto a anulação de todos os atos baseados em leis que vigoraram durante anos instalaria o caos, tornando muito confusa o

⁷ Os casos tratados não foram escolhidos fortuitamente. Observando alguns trabalhos sobre o assunto, como a dissertação de Nadejda Maciel D'Albuquerque (a aplicação da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal: Análise de jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº. 9.868/99), nota-se que a maior parte dos casos em que o artigo 27 da Lei 9868/99 foi aplicado trata justamente de situações que provocam alguma repercussão financeira para o Estado ou de casos em que diversas relações jurídicas se formam e estabilizam a partir de um ato inconstitucional, como, por exemplo, a posse de defensores sem os requisitos legais ou a criação de um órgão como o ICMBio. Assim, buscou-se apenas identificar os posicionamentos da Suprema Corte a partir de casos paradigmáticos que, de certa forma, condensam a sua atuação na modulação dos efeitos.



funcionamento da sociedade, isso tudo para garantir uma formalidade que longe de proteger direitos, traria apenas injustiças.

Dessa forma, a resposta definitiva para o problema proposto na pesquisa não pode ser nem positiva nem negativa, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não possui uma postura única no tratamento da modulação dos efeitos.

O que se pode dizer é que há uma tendência de adotar o Direito como Integridade nos casos em que o assunto se refere à organização da Administração Pública e um completo afastamento da teoria, com aproximação do pragmatismo, quando há alguma repercussão financeira para o Estado, especialmente na seara tributária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 82959**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006, DJ 1º de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 197917**. Relator(a): Min. Maurício Corrêa, julgado em 06 de junho de 2002, DJ 7 de maio de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 559.882-9**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2017.

COURA, A. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional**: para uma análise crítica da jurisprudência de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

D'ALBUQUERQUE, N. M. **A aplicação da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade**: análise de jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da Lei 9.868/99. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2012.

DWORKIN, R. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.



DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUEST, S. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. pós escrito organizado por A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAGES, C. G. A proposta de Ronald Dworkin em o império do direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, p. 36-49, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Notícias do STF, 12 de junho de 2008. **Plenário define efeitos do julgamento sobre prazos quanto à exigência de contribuições sociais. 2008a**. Disponível em: <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91116>. Acesso em: 23 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Notícias do STF, 8 de março de 2008. **Tramitação de novas MPs no Congresso terá de obedecer rito previsto na Constituição**. 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202191>. Acesso em: 23 jul. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário nº 197.917. **Diário da Justiça**, 7 de maio de 2004. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185075&modo=cms. Acesso em: 23 jul. 2017.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE CRIPTOATIVOS E TRIBUTAÇÃO: O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO E AS VELHAS DEFICIÊNCIAS DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA



Octavio Campos Fischer¹
Clayton Gomes de Medeiros²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A importância da presente pesquisa se dá à medida em que as novas tecnologias podem operar mudanças disruptivas no que se refere à tributação e seus mecanismos clássicos.

Se a principal forma de obtenção de renda por parte dos Estados de política econômica liberal são os tributos, muita atenção deve ser dada às modificações decorrentes das novas tecnologias. Tais modificações no âmbito tributário são capazes de reduzir o poderio econômico dos entes públicos, à medida em que diversos tributos perdem sua rastreabilidade, ou destroam a forma de operacionalização de hipóteses de incidência e fatos geradores, tradicionalmente consagrados pela prática e pela doutrina.

A incorporação de diversas operações comumente realizadas por novos aparatos tecnológicos, retira das vistas do Estado seu poder fiscalizatório e conseqüentemente seu potencial de arrecadação. É o que se passa com os criptoativos e criptomonedas.

Os novéis meios de pagamento distanciam-se das formas de ordinárias, podendo levar óbices à tributação prevista em legislações produzidas há décadas.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor do PPGD em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFPR.

² Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, graduado pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul-USCS, professor universitário, membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil – NUPECONST, bolsista CAPES/PROSUP, links currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6939620062236848> e Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-7078>.



A presente pesquisa trabalha com a perspectiva da utilização de criptoativos como formas regulares de pagamento e os riscos ao Estado. Ocupa-se com a identificação da natureza jurídica e os riscos quanto à indefinição ou confusão atribuída aos criptoativos, consequências ao Estado e à sociedade.

Já que o Estado não tem a finalidade precípua de desenvolver atividades econômicas, os tributos operam como o principal meio para fazer frente aos gastos públicos, na concretização de suas atribuições constitucionais, sendo assim, não pode se abster de realizar a arrecadação, tampouco legislar e definir de forma clara e precisa os conceitos necessários para atingir tal fim.

Assim, o presente artigo centra-se na tentativa de demonstrar os possíveis óbices à tributação das operações com criptomonedas e os riscos ao Estado e à sociedade.

2 NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS

O Sistema Tributário Nacional apresenta-se como um complexo emaranhado de tributos exigidos, que devem ser regidos em harmonia com as normas e princípios que regulamentam a arrecadação e a distribuição destas receitas, proporcionando recursos para a estrutura e financiamento da máquina pública.

Em que pese as possíveis críticas ao Sistema Tributário Nacional, tais como a complexidade, falha na justiça distributiva/justiça fiscal, dentre outras soma-se ainda sua inaptidão para as questões tecnológicas.

Desde a criação das criptomonedas sua natureza jurídica é pauta de debate. Entender sua natureza é necessário para desenvolver a correta regulamentação e legislação de que atualmente carecem. No entanto, urgem dúvidas que consistem em desvendar como melhor se configura a entidade, eis que se assemelha a dinheiro, moeda, ativo financeiro e *commodities*, como pesquisado por Sha Wang e Jean Philippe Vergne (2017).

Resta claro que a hipótese de se adequar como moeda deve ser extirpada, pois moeda é a representação de um valor, e as criptomonedas portam consigo o próprio valor. Ademais o próprio Estado assegura que não se deve considerar as criptomonedas como moeda, eis que aduz de forma clara e objetiva em esclarecimentos a cerca do imposto de renda de 2017 (BRASIL, 2019), “[...] muito



embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como outros bens [...]”.

Ainda, alerta o Banco Central do Brasil, através do Comunicado n.º 31.379/2017:

1. Considerando o crescente interesse dos agentes econômicos (sociedade e instituições) nas denominadas moedas virtuais, o Banco Central do Brasil alerta que estas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor (BRASIL, 2019).

Em tal Comunicado (BCB, 2021), o Banco Central do Brasil busca evidenciar as distinções entre as chamadas “moedas virtuais” e a falta de garantias estatais sobre tais bens. Salientando ainda outros riscos econômicos aos detentores de tais “moedas”, a saber:

2. A compra e a guarda das denominadas moedas virtuais com finalidade especulativa estão sujeitas a riscos imponderáveis, incluindo, nesse caso, a possibilidade de perda de todo o capital investido, além da típica variação de seu preço. O armazenamento das moedas virtuais também apresenta o risco de o detentor desses ativos sofrer perdas patrimoniais.

3. Destaca-se que as moedas virtuais, se utilizadas em atividades ilícitas, podem expor seus detentores a investigações conduzidas pelas autoridades públicas visando a apurar as responsabilidades penais e administrativas (BCB, 2021).

Adverte ainda sobre outros riscos, em razão da falta de fiscalização sobre empresas que não seriam reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil:

4. As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas



virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais (BCB, 2021).

O Banco Central do Brasil, além de reafirmar seu descontrole sob tais operações, ainda distingue as “moedas virtuais” das moedas eletrônicas, como sendo estas últimas, os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico:

5. A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei n.º 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica ‘os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento’. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos (BCB, 2021, grifo nosso).

Além de não serem equiparáveis às moedas estabelecidas, fiscalizadas e garantidas por governos soberanos, o Banco Central do Brasil ressalta que é devida a observância das normas cambiais e utilização de instituições autorizadas, porém nota-se que a normatividade de tal Comunicado padece de praticabilidade, vez que diversas operações podem se dar no âmbito das criptomoedas, sem que sejam identificáveis as operações realizadas. Observe-se a normativa:

6. É importante ressaltar que as operações com moedas virtuais e com outros instrumentos conexos que impliquem transferências internacionais referenciadas em moedas estrangeiras não afastam a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio (BCB, 2021).

Por fim, o Banco Central do Brasil (2021) em consonância com outras diretrizes evidentemente equivocadas quanto à regulamentação dos criptoativos,

apoia-se na ausência de regulamentação por outras autoridades monetárias, omite-se ao não regulamentar, ou fomentar tal debate:

7. Embora as moedas virtuais tenham sido tema de debate internacional e de manifestações de autoridades monetárias e de outras autoridades públicas, não foi identificada, até a presente data, pelos organismos internacionais, a necessidade de regulamentação desses ativos. No Brasil, por enquanto, não se observam riscos relevantes para o Sistema Financeiro Nacional. Contudo, o Banco Central do Brasil permanece atento à evolução do uso das moedas virtuais, bem como acompanha as discussões nos foros internacionais sobre a matéria para fins de adoção de eventuais medidas, se for o caso, observadas as atribuições dos órgãos e das entidades competentes.
8. Por fim, o Banco Central do Brasil afirma seu compromisso de apoiar as inovações financeiras, inclusive as baseadas em novas tecnologias que tornem o sistema financeiro mais seguro e eficiente (BCB, 2021).

Observa-se, então, que o tratamento jurídico das criptomoedas não encontra marco regulatório positivado, sequer encontra posicionamento legal do ente competente no sentido de sanar as dúvidas quanto sua natureza, portanto, não há como o Executivo, excetuados os casos previstos em lei, manejar tributos sem o antecedente posicionamento do legislativo discriminando minuciosamente todos os atos contemplados para a incidência de tributo, tendo em vista que as criptomoedas representam uma inovação, um símbolo virtual. Afasta-se, portanto, a aproximação das criptomoedas do conceito de moeda atualmente concebido.

Frisa-se, a criptomoeda não representa moeda nacional, mas se aproxima de moeda. É desvinculada de todos os modelos retro mencionados, mas ainda não sendo moeda, o conceito que mais se aproxima em razão da sua característica cambiária é o de moeda. Essa volatilidade conceitual transforma a criptomoeda em um símbolo virtual de risco, como uma ação ou commodity, em vez de assegurar a seus usuários propriedades de reserva de valor e unidade de conta, como uma moeda notoriamente o faz.

Deste modo observa-se que sobre as “criptomoedas” alguns tributos seriam indevidos, como é o caso do Imposto sobre a Renda, visto que tal imposto é devido





sempre que houver proventos de qualquer natureza, mas diante de operações ou valorização monetária de ativos decorrentes de criptomoedas. Mostra-se que ainda não é possível determinar a natureza jurídica das criptomoedas, razão que cega o Direito e tolhe a inclinação estatal em realizar a tributação, pois, como se verá adiante, necessário é norma minuciosa prescritiva de comportamentos para tornar a atuação estatal constitucional.

3 DA NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA SOBRE CRIPTOATIVOS: A LÓGICA PARA OUTROS TRIBUTOS

Para bem compreender o sentido da afirmação de que não é possível incidir Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza sobre os criptoativos e suas operações decorrentes, faz-se necessário destinar atenção ao conceito de renda e proventos de qualquer natureza. Como é sabido, no teor do artigo 43 do CTN, entende-se como fato gerador do tributo a renda e proventos de qualquer natureza decorrente da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de ambos.

Pode-se sintetizar, portanto, que jamais haverá renda ou provento sem que haja acréscimo patrimonial (MACHADO, 2001), eis que o Código Tributário Nacional adota expressamente o conceito de renda como acréscimo.

Considerando-se que as operações com criptomoedas se dão em ambiente virtual, e que diversas operações podem ocorrer sucessivamente, observando elevada valorização ou desvalorização, transações com alteração por outros criptoativos, e até mesmo câmbio de criptomoedas por bens ou serviços, é evidente que “o que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento de valor líquido deste” (MACHADO, 2001, p. 263). Pois como inicialmente exarado, a criptomoeda não é capaz de auferir renda e proventos, eis que a sua valorização “econômico financeira” existe apenas no campo virtual, não correspondendo a nenhum instituto jurídico regulamentado no ordenamento pátrio nacional.

Ademais, segundo a teoria legalista de renda, esta defende que renda é o que a lei determinar como tal, logo, pode o legislador e a lei alterar o conceito de renda, excluir ou incluir rendimentos da base de cálculo alterando



substancialmente a incidência do imposto. Logo, caberia apenas legislar para definir que a operação com criptomoedas e seu resultado financeiro seriam passíveis de tributação, porém o legislador não procedeu dessa forma. Ainda que tal teoria legalista seja útil para justificar um possível elástico do conceito de renda e provento de qualquer natureza, buscando abranger a referida operação com base imponible do imposto de renda, ainda assim, a teoria legalista ofenderia o conceito constitucional de renda e ao disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional.

Veja-se a lição de Paulo Caliendo, para quem “Não é possível defender que o conceito de renda possa ser estabelecido de modo ilimitado por norma infraconstitucional. Determina o art. 110 do CTN que a legislação não poderá alterar os conceitos de direitos privados” (CALIENDO, 2020, p. 825).

Ainda, Hugo de Brito Machado entende que

[...] é certo que o legislador goza de uma liberdade relativa para formular o conceito de renda. Pode escolher entre os diversos conceitos fornecidos pela economia, procurando alcançar a capacidade contributiva e tendo em vista considerações de ordem pública. Não pode, todavia, formular arbitrariamente um conceito de renda ou de proventos (MACHADO, 2001, p. 262).

Deste modo, de acordo com o atual conceito de renda, somente com o recebimento do valor que majorará o patrimônio do contribuinte, é que se acarreta a aquisição de disponibilidade econômica, e essa será passível de objeto de tributação. Em hipóteses diversas, não há validade jurídica em exigir o Imposto de Renda ou outras espécies tributárias, em relação ao valor que efetivamente não agregou o patrimônio do contribuinte.

Posto isso, a atuação do fisco na exigência de Imposto sobre a Renda ou outros tributos decorrentes de operações realizadas com criptomoedas, é arbitrária e inconstitucional, eis que nas diversas operações realizadas no âmbito dos criptoativos, não necessariamente o contribuinte adquire disponibilidade econômica. Se, o contribuinte faz aquisição de uma determinada criptomoeda e daí decorrem valorizações e permutas com outras moedas virtuais ou outros bens, até que se finalizem as operações e se identifique a forma como a operação se desfecha, não é possível avaliar a disponibilidade econômica daí decorrente.



Mesmo que se observe a finalização de diversas transações a partir de moedas virtuais, ainda assim, não será possível afirmar que ocorreu um ou outro fato gerador de tributação, justamente em razão da ausência de regulamentação sobre tais operações.

Portanto, não há que se falar em incidência do Imposto de Renda ou outros tributos, pois em hipótese alguma o montante pecuniário correspondente aos criptoativos ingressa no patrimônio do contribuinte, limitando-se em permutas de símbolos virtuais.

A exemplo, pode-se citar buscando elucidar a afirmativa de que não é devida a tributação de operações realizadas com moedas virtuais, a mesma lógica poder ser feita em um site de trocas de moedas comemorativas, selos postais, objetos históricos, etc, que eventualmente hipervalorizados pelos seus colecionadores/interessados, não ensejariam tributação da renda, tendo em vista que se restringem ao campo virtual.

Veja-se como a tese está em sintonia com a doutrina, no sentido de que se faz necessário a aquisição da disponibilidade econômica de renda ou proventos de qualquer natureza. Ensina Hugo de Brito Machado (2001) que se faz necessário não apenas adquirir renda, mas deter a disponibilidade econômica dessa renda, pois são situações distintas, deter a renda e deter a disponibilidade econômica dessa renda.

Entendimento contrário por parte dos Órgãos de Fiscalização seria dar sentido a normas mortas, já superadas, como exemplo o artigo 35 da lei n. 7.713/88, eis que tentava atingir o patrimônio ainda não auferido dos sócios, em razão de lucro que ainda não fora distribuído, ultrapassando a ideia de disponibilidade econômica e jurídica dessa renda.

Diante a inexistência de lei definindo o critério monetário dos criptoativos, eventual autuação da RFB, fere a Regra Matriz de Incidência, pela não observância ao critério material do antecedente normativo diante da ausência de enquadramento jurídico e regulamentação específica que justifique a exação tributária sob criptomonedas.

Como é sabido o critério material do Imposto de Renda é auferir (verbo) renda (complemento), que pode ser traduzido em aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, de acordo com a interpretação legal de renda.



Pois bem, como acima explanado, inerente é a aquisição da disponibilidade econômica nos termos da lei, para justificar a regularidade da incidência e exigência do Imposto sobre a Renda, e somente advém a aquisição mediante legislação que comporte em seu teor a hipótese prevista, ou seja, a conversão de criptomoedas em pecúnia, equiparando sua eventual valorização como renda ou provento de qualquer natureza.

Evidencia-se que não há aquisição de disponibilidade econômica de renda ou provento de qualquer natureza em situações de permutas virtuais de moedas eletrônicas distintas, tendo em vista que operações em ambiente virtual, e sua valorização ou potencial valorização, não a converte necessariamente em renda.

Analogicamente veja-se a mesma situação a respeito da base de cálculo do PIS e da COFINS, onde é apurada sobre o faturamento da pessoa jurídica. O que torna imprescindível uma correta e exata compreensão dos termos “faturamento” e “receita”.

O sentido dos conceitos constitucionalmente pressupostos está previsto no art. 110 do CTN, que aduz que a lei tributária jamais poderá alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Extrai-se da norma do art. 110 do CTN, que a lei tributária não pode desvirtuar o sentido e o alcance de um conceito já estabelecido pelo sistema jurídico. Veja-se a lição do Ministro Luiz Gallott no Recurso Extraordinário n.º 71.758: “se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição” (BRASIL, 1973).

Sobre o conceito de renda, por sua vez, saliente-se que ao termo se aplicam as mesmas considerações acima citadas, isto é: também há um conceito constitucionalmente pressuposto de renda, que não pode ser alterado pela legislação infraconstitucional.

Isto posto tem-se que “renda” pode ser basicamente conceituada como o ingresso (que pressupõe sua incorporação definitiva ao patrimônio da pessoa) de incremento patrimonial, proveniente de operação que possui previsão legal.



Observa-se, portanto, que não há que se falar em incidência do Imposto de Renda em hipóteses onde efetivamente não há majoração do patrimônio nem disponibilidade econômica, eis que somente configura-se como adquirida a disponibilidade econômica em consequência da operação com previsão normativa que auferiu aumento de patrimônio, o que não necessariamente ocorre no caso das transações com criptomoedas.

4 DA TRIBUTAÇÃO IRRESTRITA DE OPERAÇÕES REALIZADA COM CRIPTOATIVOS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

A Constituição de 1988, nas “Limitações do poder de tributar” (arts. 150-152), relaciona princípios que têm por finalidade operar a segurança jurídica aos contribuintes (CASSONE, 2017).

Lembra-se que o exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, integralmente aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional. Os princípios constitucionais tributários representam importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento jurídico.

Paulo de Barros Carvalho (2016), sobre o estatuto do contribuinte, onde consolidam-se ditames legais, a fim de conter o poder estatal, ensina:

Define-se o estatuto do contribuinte, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre a matéria tributária, que, positiva ou negativamente, estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – entidade tributante). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuridicidade (CARVALHO, 2016, p. 141).

Assim pode-se entender que a Constituição de 1988 opera como este estatuto do contribuinte ao definir diversas limitações do poder de tributar



apresentando diversos princípios, com carga axiológica aberta, que possuem a finalidade de garantir a segurança jurídica aos contribuintes.

Assim sendo, o intento de tributar operações e eventuais valorizações do criptoativos permutados em ambiente virtual, pode padecer de regularidade, uma vez que ao Poder Executivo é delimitada a atuação nos termos da lei, como resultado de sua função típica, não lhe correspondendo a atividade de produção legislativa. Especificadamente, em relação ao poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, fora atribuído pela Magna Carta, através do artigo 48, a função de editar normas de caráter geral e abstrato, capazes de obrigar todas as pessoas que se achem nas situações nelas hipotetizadas (CARRAZZA, 1985), assim como atribuir ao contribuinte o dever fundamental de recolher tributos, bem como ao Fisco, o dever de atuar nos limites da lei.

O Estado deve exercer as funções legislativa, administrativa e jurisdicional nos exatos limites constitucionais e legais, e seus atos apenas podem ter validade se observarem, em tudo e por tudo, os princípios e regras constitucionais que sobre elas incidem.

O Estado extrapola seu limite de tributar, especificadamente viola o princípio da legalidade, se tributar operação se não lhe for permitido tal ato, pois carece de lei antecessora que preveja sua conduta que abranja as criptomoedas, ou lhes equipare como renda e proventos de qualquer natureza. Fere a legalidade tributária ao exigir Imposto de Renda de operação realizada com criptomoedas sem que se possa verificar a ocorrência de fato gerador e a própria regulamentação da hipótese de incidência tributária. Idêntica ilegalidade e inconstitucionalidade, seria exigir obrigações acessórias das Exchanges que manejam as permutas entre criptoativos, sem que tais obrigações estejam previstas em lei.

Recorda-se que ao Estado não foi atribuído o poder de tributar de acordo com sua convicção, mas sim perante dispositivo legal que o autoriza tal atuação. Ora, sem a expressa previsão normativa ensejadora de conduta do Estado, fruto do poder legislativo, este nada pode fazer.

Assim, evidencia-se o princípio da legalidade da administração pública constante no artigo 37 da Constituição Federal, onde o Estado se limita a fazer estritamente o que a lei manda, diferente da ótica privada onde os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe.



Portanto, o Estado não tem autonomia da vontade. A vontade do Estado corresponde a vontade popular que é externalizada através da Lei, ou seja, o fruto do legislativo deve exprimir a vontade geral e, não é a vontade geral que ocorra tributação sem lei prever com tal ato.

Salienta-se que há uma clara diferença entre receitas públicas originárias e derivadas. Em relação àquelas, temos que decorrem da exploração do patrimônio do Estado e fundam-se no direito privado, isto é, nos contratos. Ao passo de que em relação as outras, são oriundas do patrimônio do particular, sujeitas ao regime de direito público, onde tem-se como fonte a lei.

A lei deve ser específica e objetiva, pois como ensina Paulo de Barros Carvalho, *in verbis*:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei advéncia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade (CARVALHO, 2016, p. 173).

Sem que o Estado atue na produção legislativa, e contemple este símbolo virtual como tributável, resta violado o artigo 5.º, II da Constituição Federal de 88, isto é, a tributação torna-se passível de exigibilidade ao passo de que é sintonizada com o consentimento dos próprios contribuintes, através de seus representantes eleitos democraticamente, exigindo expressa previsão normativa.

Ademais, o artigo 150, I da CF/88, ocupou-se em parafrasear novamente o princípio da legalidade, para a devida tributação, necessário é a manifestação do Poder Legislativo de forma absolutamente minuciosa quanto as normas tributárias, tipos tributários, alíquotas, fatos geradores etc.

O artigo 113, §2 do CTN é expresso em discorrer que a obrigação acessória somente será instituída por legislação tributária, e meras instruções normativas não têm condão de substituir uma lei.



Deste modo, a intermediadoras nas operações com criptomoedas, nada devem, se não houver lei que determine suas obrigações. Instrução Normativa não é lei, e conseqüentemente não tem caráter cogente de imputar o dever de prestar informações.

Verifica-se assim que pretensa tributação de operações com criptomoedas não encontra agasalho legal no ordenamento jurídico pátrio, tanto que sequer é reconhecida sua existência como valor mobiliário ou moeda, razão que torna inconstitucional a exigência do imposto de renda da sobre a valorização deste símbolo virtual.

Razão que torna a inclinação estatal totalmente inconstitucional, pois, como se observou, não houve aquisição de disponibilidade econômica, sequer havia conceito definido de criptoativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância acadêmico-científica do tema se coloca na ausência ou baixo desenvolvimento de temática tão sensível ao Estado e à sociedade, qual seja: a observação e desenvolvimento aprofundado quando à natureza jurídica e posituação de regras relativas às criptomoedas e conseqüentemente as operações decorrentes desse novo critoativo, que de forma disruptiva requer uma nova visão para a construção jurídica no Brasil.

Nota-se que tal legislação se faz necessária para que o Estado Brasileiro atue de forma prospectiva a fim de regulamentar adequadamente tais operações, objetivando atingir a tributação e arrecadação estatal de forma segura.

Prever e legislar sobre critomoedas pode salvaguardar o Estado Brasileiro e garantir que sua arrecadação seja minimamente questionada na esfera administrativa e no poder judiciário.

O custo do silêncio omissivo do Estado não lhe garante e permite que diversas operações deixem de ser tributadas, por diversos motivos explanados no decurso do presente trabalho.

Assim, conclui-se que se faz necessária uma atuação positiva no intuito de garantir a regulamentação e produção legislativa, que esquive o Estado dos infundáveis debates quanto ao poder de tributação das operações baseadas em criptomoedas, e se em algum momento por opção do Estado não tributar



tais operações que possa tomar essa decisão conscientemente, e não por mera incapacidade decorrente de omissão legislativa, ou insuficiência regulamentar.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Comunicado nº 31.379**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal. **Guia de perguntas e respostas**. 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2019/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2019.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. n.º 71.758**. Brasília, DF, DJ de 31 de agosto de 1973. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107673/false>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CALIENDO, P. **Curso de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

CARRAZZA, R. A. **Princípios constitucionais tributários e competência tributária**. 1985. 246 f. Tese (Livre docência em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1985. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8497>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASSONE, V. **Direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

WANG, J.; VERGNE, J-P. Buzz factor or innovation potential: what explains cryptocurrencies' returns?, **PLOS ONE**, v. 12, n. 1, p. 1-17, jan. 2017.

EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DOS GASTOS PÚBLICOS COM MEDICAMENTOS SEM EFICÁCIA CIENTÍFICA COMPROVADA: O USO DA CLOROQUINA E DA HIDROXICLOROQUINA PARA O TRATAMENTO DO CORONAVÍRUS NO BRASIL



Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹
Horácio Augusto Mendes de Sousa²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a constitucionalidade dos gastos públicos no Brasil com a Cloroquina e Hidroxicloroquina para o tratamento do Coronavírus, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito adotado no art. 1º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). O tema ostenta relevância e atualidade, seja porque a Covid-19 continua matando milhares de pessoas humanas, no mundo e no Brasil, quer porque o Estado brasileiro vem realizando vultosas despesas públicas com a fabricação da Cloroquina e Hidroxicloroquina, para fins de distribuição na rede pública de saúde, sob a justificativa do uso desses medicamentos para o enfretamento ao

¹ Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Coordenadora do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: elda.cab@gmail.com.

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC/UFF/PPGDC). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador do Projeto de Pesquisa para o “Aperfeiçoamento do marco jurídico do fomento público à ciência, à tecnologia e à inovação no Estado do Espírito Santo”, no âmbito da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPE). Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPE) e da Escola de Serviço Público do Estado do Espírito Santo (ESESP). Professor convidado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador do Estado do Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7912-0934>.



Coronavírus. Daí porque a vertente análise contempla a iniciativa pública em sentido amplo, qual seja, a fabricação, a distribuição e o fomento público ao uso dos medicamentos indicados.

A questão adquire relevância jurídica, social e econômica porque, diante do estágio atual das pesquisas científicas, não existe comprovação empírica acerca da eficácia do uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o tratamento da Covid-19, consoante o entendimento da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2019) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2020a) o que torna controversa a escolha governamental de alocação de escassos recursos públicos na fabricação, distribuição e fomento público dos medicamentos aludidos.

Nesta ordem de ideias, como problema da presente pesquisa, cabe indagar se é constitucional, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado no artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na perspectiva da necessidade de boa execução dos serviços públicos de saúde, a realização de gastos públicos com medicamentos, sem eficácia científica comprovada, para o combate à Covid-19, notadamente a Cloroquina e a Hidroxicloroquina.

Como objetivos da presente pesquisa, é importante identificar os efeitos jurídicos da Covid-19 nas políticas públicas de saúde, bem como relacionar as suas consequências jurídicas na efetivação dos direitos fundamentais à boa administração pública e à saúde, na perspectiva da necessidade de boa realização dos serviços públicos de saúde, para, ao final, se analisar a constitucionalidade das despesas públicas com medicamentos sem eficácia comprovada para o combate ao Coronavírus, especialmente a Cloroquina e a Hidroxicloroquina.

Como hipótese da presente pesquisa, admite-se que, diante do contexto jurídico-político de crise social e econômica no Brasil, agravado pela Covid-19, ensejador de um quadro de escassez de recursos públicos, não se apresenta válida, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a realização de gastos públicos com a produção, distribuição e fomento ao uso de medicamentos sem eficácia cientificamente comprovada, como no caso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina.

Isso porque, tal conduta viola o direito fundamental à boa administração pública, na perspectiva da boa realização dos gastos públicos em saúde pública, com a possibilidade jurídica de responsabilização do Estado e do gestor público



pelos danos causados, em razão da formulação e implementação de ações de saúde pública violadoras da Constituição da República de 1988, notadamente dos direitos fundamentais à saúde e à boa administração pública (BRASIL, 1988).

Assim, o presente trabalho se divide em três partes essenciais. Na primeira parte, identifica-se a Covid-19 e seus efeitos jurídicos nas políticas públicas de saúde. Na segunda parte, relacionam-se as consequências aludidas da formulação das políticas públicas de saúde para o enfrentamento à Covid-19 com o direito fundamental à boa administração pública, na perspectiva das ações estatais de combate ao Coronavírus. Na terceira parte, e a partir dos pressupostos teóricos e normativos identificados nas partes precedentes, analisa-se a constitucionalidade dos gastos públicos com medicamentos sem eficácia comprovada para o combate à Covid-19, especialmente o caso brasileiro das despesas públicas com a Cloroquina e da Hidroxicloroquina, bem como a possibilidade de responsabilização do Estado e dos agentes públicos competentes pelos danos causados, em razão da formulação e implementação de ações de saúde pública violadoras da Constituição da República de 1988, notadamente dos direitos fundamentais à saúde e à boa administração pública.

2 A COVID-19 E SEUS EFEITOS JURÍDICOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Planeta Terra. Século XXI. O futuro chegou bem antes do que se esperava, em razão do inimigo invisível comum destruidor da humanidade, o Coronavírus. Além da sua “cruel pedagogia”, como afirma Boaventura de Sousa Santos, porque ensina matando seres humanos, o vírus acelerou os processos de transformações sociais e econômicas planetários (SANTOS, 2020, p. 22-28).

Essas mutações, consoante Manuel Castells, já estavam em curso desde, ao menos, as duas últimas décadas do século XX e se intensificaram nas duas primeiras décadas desse século XXI, no contexto da chamada “Era da Informação”, onde as relações sociais e econômicas foram modificadas pela virtualização da vida, pelo advento da rede mundial de computadores e das redes sociais digitais, fazendo com que a dimensão virtual se tornasse parte essencial da vida real (CASTELLS, 1999, p. 2).



Significa dizer que a “Era da Informação”, que é e será, ao que tudo indica, cada vez mais virtual, digital e eletrônica, acompanhada dos avanços, complexidades, desafios e riscos proporcionados pelas tecnologias e inovações, em razão da Covid-19, caminha para um novo conjunto de mutações sociais e econômicas planetárias, cujas consequências ainda não se pode prever. Nada é certo, salvo a certeza de que nada será como antes no mundo pós-Coronavírus.

Isto porque, nas lições de Thomas Kuhn, aplicáveis ao momento da pandemia decorrente da Covid-19, tanto a “ciência normal” quanto os “paradigmas em atividade” estão sendo revisitados, ressignificados e refundidos, com consequências e resultados ainda “incomensuráveis” (KUHN, 2013, p. 28-55).

Em outros termos, ainda não se pode extrair todas as consequências dessas aceleradas mudanças em curso, pois não se tem o distanciamento histórico e científico necessários para a adequada compreensão de todos os aspectos e efeitos da atual crise pandêmica mundial.

Destarte, a humanidade se encontra em meio à uma revolução social, econômica, política, científica e, conseqüentemente, jurídica, amplificada, segundo um dos autores do presente trabalho, André Saddy e Fernanda Rodor, por uma mutação transversal das tecnologias e inovações disruptivas da vida social (SADDY; SOUSA; RODOR, 2020, p. 25-57).

Entretanto, ainda na perspectiva de Thomas Kuhn, essas transições sucessivas de paradigmas, ensejadoras de uma verdadeira transformação científica dos padrões usuais das “ciências amadurecidas”, não estão completas e acabadas, daí, talvez, seja possível falar, em relação à Covid-19, que se vivem tempos “pré-paradigmáticos” (KUHN, 2013, p. 53-59).

Significa dizer, o momento atual oferece mais perguntas e perplexidades do que respostas científicas para a crise sanitária em curso.

Diante desse cenário, pode-se dizer, com Luis Roberto Barroso, que a crise pandêmica decorrente da Covid-19 é de natureza holística (BARROSO, 2020, p. 202-204), portanto, com espectro multidimensional.

Neste contexto, como adverte João Paulo Allain Teixeira, a Covid-19 trouxe alguns complexos desafios para os Estados e sociedades do século XXI, notadamente a busca do equilíbrio entre o controle do vírus, a partir de pesquisas e descobertas científicas, e as ingerências políticas e econômicas, muitas vezes ilegítimas, decorrentes de um dinâmico mercado global, que não quer desacelerar



nem diante do vírus devastador (TEIXEIRA, 2020, p. 274). Em outros termos, como resolver o problema da globalização dos riscos sanitários, já que “desglobalizar o mundo”, na lição de Yuval Harari, não parece ser uma solução viável (HARARI, 2020, p. 4).

Assim, os problemas urgentes e complexidades sociais, econômicas, políticas e científicas exigem respostas eficientes do Direito, enquanto instrumento de segurança jurídica e pacificação social essencial diante do modelo de Estado Democrático de Direito adotado no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda que essas respostas, produzidas em um contexto de crise sanitária, sejam dotadas de certa temporalidade, precariedade e provisoriidade, características inerentes às revelações científicas.

Essas repostas jurídicas, ainda que produzidas de forma emergencial, no contexto da crise sanitária decorrente da Covid-19, devem reforçar o diálogo sistêmico, entre a Constituição brasileira de 1988 e as diretrizes científicas informadoras das políticas públicas de saúde, como destacado por uma das autoras do presente trabalho (BUSSINGUER, 2020a).

Destarte, nada obstante o entendimento da Organização Mundial da Saúde acerca da ausência de comprovação científica de eficácia do uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o combate à Covid-19 (OMS, 2019), bem como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2020a), e de modo a agravar a complexidade do tratamento do tema no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, nos autos do Processo Consulta CFM nº 8/2020, emitiu o Parecer CFM nº 4/2020, sustentando a possibilidade de prescrição do uso da Cloroquina para o tratamento da Covid-19, embora a entidade reconheça expressamente “[...] que não existe até o momento nenhum trabalho que comprove o benefício do uso da droga para o tratamento da COVID 19 [...]”, destacando, ainda, a existência de efeitos colaterais no uso desse medicamento para o combate ao Coronavírus (BRASIL, 2020b).

Diante desse cenário, a questão do uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina no Brasil foi e é agravada pelas *fake news* geradoras de desinformação social em larga escala, fomentada pelos “engenheiros do caos” das tecnologias digitais (EMPOLI, 2019, p. 12-13), que disseminam medo, ódio e milagres pela *internet* e nas redes sociais. Isso tudo, frise-se, no contexto dos novos populismos (CAMPUZANO, 2019, p. 527-538), que acabam por influenciar, de maneira



antidemocrática, anticientífica (BUSSINGUER, 2020a) e inconstitucional, as grandes massas populares, gerando medo e insegurança generalizados, e aumentando, ainda mais, as crises do Estado (DE MORAIS, 2011, p. 25-74), do constitucionalismo contemporâneo (CAMPUZANO, 2019, p. 499-550) e da própria democracia (CASTELLS, 2018, p. 11-29).

Todos esses fatores tornam muito controversa a escolha governamental de alocação de escassos recursos públicos em produção, distribuição e fomento público à realização tratamentos com medicamentos sem eficácia científica comprovada, com a possibilidade de efeitos colaterais adversos aos usuários-pacientes e falta da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para os cidadãos que necessitam desses medicamentos, nos casos em que a eficácia dos mesmos é comprovada.

Neste contexto, a Covid-19 provocou significativos efeitos jurídicos na formulação, planejamento, orçamentação e controle das políticas públicas de saúde no Brasil. Cuida-se, portanto, de análise jurídica, com relevantes consequências teóricas e práticas, sobre o próprio constitucionalismo e a democracia no Estado Democrático de Direito brasileiro, com efeitos diretos na efetivação, em especial, do direito fundamental à saúde dos cidadãos.

Trata-se, ademais, como afirma Alfonso De Julios-Campuzano, de se reforçar papel do constitucionalismo como técnica limitativa permanente dos poderes políticos, com a finalidade de garantia de direitos fundamentais, um verdadeiro mecanismo de observância da racionalidade diante das paixões políticas, governamentais e administrativas (CAMPUZANO, 2019, p. 507-508). Daí a importância dessas reflexões teóricas e práticas, com vistas à maior racionalidade, eficiência e eficácia do sistema jurídico-político, como recomendado por Luigi Ferrajoli (2014, p. 12-13).

Assim, cabe identificar e delinear os fundamentos jurídicos das políticas públicas de saúde no Brasil, partindo-se da perspectiva de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de modo que elas se caracterizam pelo devido processo legal, de natureza jurídica, política e administrativa, finalisticamente voltado a realizar, de modo coerente e coordenado, as decisões fundamentais nesse setor sensível, consagradas no ordenamento social previsto Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigos 196 a 200). Na lição do autor, significa: “O complexo de



processos destinados a realizar, de modo coerente o coordenado, as decisões políticas setoriais do Estado e do Governo” (MOREIRA NETO, 2018, p. 209).

Neste passo, as políticas públicas de saúde se caracterizam por um devido processo legal, cuja observância é direito fundamental do cidadão (artigo 5º, inciso LIV), razão pela qual as mesmas, em todas as suas fases, não podem se afastar dos limites e possibilidades, procedimentais e substanciais, fixados pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse devido processo legal envolve a tomada de decisões políticas, administrativas e jurídicas, por meio da atuação democrática dos Poderes da República, especialmente os Poderes Executivo e Legislativo, constitucionalmente responsáveis pela formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas de saúde (artigos 48, 84, 165 e 196 a 200).

Destarte, embora se tenha um âmbito constitucional de discricionariedade política e administrativa para a formulação, planejamento e orçamentação das políticas de saúde, existem, também, limites procedimentais e substanciais estabelecidos pela Constituição brasileira de 1988.

Daí porque as políticas públicas desse setor devem ser “coerentes”, ou seja, dotadas de racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade (MOREIRA NETO, 2018, p. 209).

Assim, em matéria de saúde pública, as políticas públicas setoriais devem acompanhar as pesquisas, descobertas e orientações científicas, ou seja, cuidar-se de uma racionalidade científica, decorrência dos princípios constitucionais da eficiência e eficácia das políticas públicas de saúde (artigos 37 e 74). Essa racionalidade científica na formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas de saúde, por certo, deve ser direcionada à efetivação prática dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente, para o presente exame, dos direitos fundamentais à vida e à saúde, logrando-se concreta realização dos mesmos.

Cuida-se, portanto, do cumprimento da missão constitucional do Estado no sentido de “funcionalização” desses direitos fundamentais (MOREIRA NETO, 2018, p. 211).

Daí porque devem ser evitadas políticas públicas de saúde sem prévio respaldo técnico e científico, sob pena de violação, em especial, dos citados direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos. Isto se justifica porque,



em matéria de políticas públicas de saúde, observado o princípio democrático, é essencial a incorporação, pelo Direito, de diretrizes técnicas, *standards* e indicadores científicos.

Trata-se, pois, de uma importante relação de internormatividade, como sugerida por Benoit Frydman (2018, p. 90-94).

Essa relação visa, em última análise, acoplar, na maior medida possível, de maneira estrutural e funcional, a ciência, a tecnologia, a inovação e o Direito, com vistas à proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos. Neste contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu os limites e possibilidades para a formulação, planejamento e orçamentação para as políticas públicas de saúde, de modo a efetivar o direito fundamental à saúde (artigo 6º), que é direito de todos e obrigação fundamental do Estado (artigo 196), cujo descumprimento inviabiliza o cumprimento dos objetivos desenvolvimentistas fixados na própria matriz constitucional (artigo 3º).

No ponto, bem se percebe a opção constitucional pela formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas de saúde lastreadas na ciência, sendo vedado aos Poderes da República, especialmente aos Poderes Executivo e Legislativo, editarem políticas públicas nesse setor sensível sem respaldo científico.

Em matéria de saúde pública, como na formulação de outras políticas públicas, não cabe o “populismo regulatório” que, na lição de Gustavo Binbenbojm, se caracteriza por um regime político onde se “[...] planta uma mentira doce no presente para colher uma verdade amarga no futuro. Pensa na próxima eleição e não nas próximas gerações. Quando a conta chega, Inês é morta – os populistas já se foram [...]” (BINENBOJM, 2020, p. 63).

Daí porque o direito fundamental à saúde deve garantido a partir de políticas públicas que reduzam os riscos de doenças (artigo 196) e, assim, não se pode admitir essa mitigação de riscos à saúde sem a adoção de cautelas, prevenções e precauções amparadas em evidências científicas. Ou seja, não se admite, à luz da Constituição brasileira de 1988, o combate aos riscos à saúde com base em critérios puramente políticos, econômicos ou administrativos, sob pena de vulneração ao próprio direito fundamental à saúde.

Não é por outra razão que as políticas públicas de saúde devem ser formuladas, planejadas e orçamentadas em rede sistêmica (artigo 198), que,



por certo, não pode se afastar da ciência, sob pena de adoção de condutas antissistêmicas e anticientíficas, e, portanto, inconstitucionais. Ademais disso, essa rede sistêmica deve priorizar atividades preventivas cientificamente comprovadas (artigo 198, inciso II), sujeitas à avaliação igualmente científica e controle de resultados (artigo 198, § 3º, inciso III).

Essa científicidade necessária, inerente e imanente às políticas públicas de saúde ressalta evidente da matriz constitucional, ao estabelecer, como diretriz mandatária essencial do sistema único de saúde pública no Brasil, o incremento do desenvolvimento científico, tecnológico e inovador em matéria de políticas públicas de saúde (artigo 200, inciso V), tudo de modo a explicitar a opção constitucional pela ciência no setor sensível da saúde pública.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 8080, de 19 de setembro de 1990, densificando a normatividade constitucional aludida, impregnou de científicidade o sistema infraconstitucional em exame, irradiando mandatoriamente a sua racionalidade científica e tecnológica para a formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas de saúde, tudo em rede formadora de um sistema único de saúde pública no Brasil (BRASIL, 1990).

Por tais razões, incluem-se no amplo espectro das políticas públicas de saúde, no âmbito do sistema único aludido, o incremento do desenvolvimento científico, tecnológico e inovador (artigo 6º, inciso X), assim como a necessária avaliação de impacto das tecnologias na saúde do trabalhador (artigo 6º, § 3º, inciso, IV), a conjugação de recursos financeiros, materiais, humanos, tecnológicos e, também, científicos, na prestação dos serviços públicos de saúde à população (artigo 7º, inciso XI), com a articulação de políticas públicas e programas que contemplem atividades promotoras da ciência e da tecnologia em ações de saúde pública (artigo 13, inciso V).

Neste sentido, dentre as atribuições administrativas comuns de todos os entes políticos da Federação brasileira se inserem àquelas inerentes à elaboração de normatividade técnica e científica voltada à promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, bem como as pesquisas e estudos pertinentes (artigo 15, incisos XVI e XIX). Merecem destaque, também, as diretrizes legais de assistência terapêutica e incorporação de tecnologias em saúde, reveladoras do forte conteúdo técnico e científico das políticas públicas, programas e ações a serem adotadas no setor sensível em análise (artigos 19-M a 19-Q), bem como



a necessidade de fixação de mecanismos de fomento à participação do setor privado no desenvolvimento de ciência e tecnologia, assim como a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços públicos de saúde (artigo 46).

No mesmo contexto, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, ao estabelecer normativamente as diretrizes para o enfrentamento da crise pandêmica no Brasil decorrente da Covid-19, reforçou a necessidade de forte racionalidade técnico-científica na formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas, programas e ações emergenciais de saúde a serem adotadas no Brasil (BRASIL, 2020c).

E não poderia ser diferente, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, por violação à sistemática constitucional e infraconstitucional acima examinada, informadora, como visto, de uma subjacente e substancial racionalidade técnico-científica necessárias às políticas públicas e ações inerentes aos serviços públicos de saúde brasileiros. Essa racionalidade técnico-científica, decorrente da Constituição e da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), frise-se, não pode ser arbitrariamente afastada, sob o argumento do estado de crise emergencial sanitária decorrente da Covid-19.

Daí porque a citada Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, reforçou a necessidade de formulação, planejamento, orçamentação e implementação de políticas públicas de saúde emergenciais fundamentadas na racionalidade técnico-científica acima aludida, consoante se extrai da análise sistemática e teleológica da normatividade em perspectiva (BRASIL, 2020c).

Assim, a lei condicionou a vigência, eficácia e exequibilidade das medidas emergenciais previstas na normatividade em exame ao prazo fixado pela Organização Mundial da Saúde (artigo 1º, § 3º), o que é plenamente constitucional, seja porque o Brasil, como se sabe, integra a citada organização internacional, seja ainda porque essa previsão é compatível com os princípios e diretrizes fixados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (artigo 4º, incisos I, II, III e IX).

Ademais disso, a lei estabelece algumas medidas emergenciais e restritivas a serem adotadas pelos entes políticos da Federação brasileira, todas necessariamente condicionadas à existência de evidências científicas



legitimadoras das ações a serem adotadas (artigo 3º, § 1º), norma essa a irradiar seus efeitos por toda a sistemática normativa emergencial adotada para o combate à Covid-19 no Brasil.

Pela análise até aqui empreendida, é possível dizer que a formulação, planejamento, orçamentação e execução de políticas públicas de saúde para o enfrentamento à Covid-19 no Brasil ficam condicionadas à prévia demonstração argumentativa da racionalidade técnico-científica das medidas a serem adotadas, observado o devido processo legal democrático pertinente para a imposição das mesmas, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, por violação aos marcos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais aqui explicitados.

Isto porque, na síntese de Simone Goyard-Fabre, toda ação política deve ser necessariamente normatizada (GOYARD-FABRE, 2002, p. 251).

Portanto, deve ser submetida ao exame de conformidade ao paradigma do Estado Democrático de Direito adotado como princípio constitucional estruturante da República Federativa do Brasil, consoante estabelece a Constituição brasileira de 1988 (artigo 1º).

Nada obstante essas considerações, cabe examinar e relacionar, no próximo capítulo, as consequências jurídicas aludidas da formulação das políticas públicas de saúde para o enfrentamento à Covid-19 com o direito fundamental à boa administração pública, na perspectiva das ações estatais de combate ao Coronavírus.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA PERSPECTIVA DAS AÇÕES ESTATAIS DE SAÚDE PARA O COMBATE AO CORONAVÍRUS

Como ressaltado no capítulo anterior, a formulação, planejamento, orçamentação e execução de políticas públicas de saúde para o enfrentamento à Covid-19 no Brasil ficam condicionadas à prévia demonstração argumentativa da racionalidade técnico-científica das medidas a serem adotadas, observado o devido processo legal democrático pertinente para a imposição das mesmas, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, por violação aos marcos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais aqui explicitados.



Isto porque, tais políticas públicas são direcionadas, como também visto no capítulo anterior, em especial, à efetivação dos direitos fundamentais à vida (artigo 5º) e à saúde dos cidadãos (artigo 6º). E assim deve ser, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito adotado como princípio constitucional estruturante no Brasil (artigo 1º), também, porque existe um direito fundamental à boa administração pública consagrado na matriz constitucional.

Neste sentido, o direito fundamental à boa administração pública, finalisticamente voltado à efetivação dos objetivos constitucionais fundamentais relacionados ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico sustentáveis da República Federativa do Brasil (artigo 3º), deve corresponder à eficiente, eficaz, prudente e responsável gestão pública dos complexos, diversificados e plurais interesses públicos e direitos fundamentais previstos na matriz constitucional. Na lição de Juarez Freitas:

[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas (FREITAS, 2014, p. 21).

O conceito formulado pelo autor condensa e reúne princípios constitucionais da mais alta relevância para a formulação, planejamento, orçamentação e controle das políticas públicas de saúde voltadas ao combate à Covid-19, valendo, pois, analisá-lo na perspectiva do presente trabalho.

O direito fundamental em exame, para a sua efetividade, supõe, desde logo, que as políticas públicas de saúde voltadas ao enfrentamento do Coronavírus sejam cumpridoras do princípio constitucional da eficiência (artigo 37), ou seja, devem ser dotadas, na maior medida possível, de racionalidade técnico-científica, com vistas ao alcance dos melhores resultados concretos de interesse público para a prevenção e erradicação da Covid-19.

Como ensina Marcos Juruena Villela Souto, a eficiência administrativa deve resultar, também, “de escolhas tecnicamente corretas para a produção de um resultado socialmente aceito e, acima de tudo, desejado” (SOUTO, 2007, p. 22). Em sentido semelhante, Vanice Lírio do Valle destaca, como elemento relevante



para a densificação do direito fundamental à boa administração pública “[...] o equilíbrio entre a manifestação da vontade cidadã e o olhar técnico sobre aquele mesmo desafio” (VALLE, 2011, p. 147).

Da mesma forma, essas políticas públicas de saúde, em toda a sua dinâmica processual de natureza jurídica, política e administrativa, devem produzir os resultados efetivamente projetados e esperados, em respeito ao princípio constitucional da eficácia das ações administrativas (artigo 74), resultados esses obtidos a partir de planos, programas, estudos, dados, ações e medidas baseadas em evidências técnico-científicas, já que a Covid-19 é uma doença e deve ser combatida a partir de medidas que tenham se mostrado ou se mostrem cientificamente eficazes.

Cuida-se, portanto, da busca de uma gestão pública resultados que, segundo Ricardo Lobo Torres, significa um agir responsável, que se traduz por uma “[...] gestão orçamentária de resultados e de *performance*, e não meramente procedimental. Procura não só a legalidade, mas a eficiência e os resultados como índice de sua legitimação” (TORRES, 2008, p. 452).

Bem por isso, a eficiência e eficácia no combate à Covid-19 devem ser alcançadas, no plano da realidade, a partir de políticas públicas de saúde que sejam dotadas de razoabilidade e proporcionalidade, em respeito ao princípio constitucional implícito da razoabilidade (artigo 5º, inciso LIV), com a demonstração argumentativa, de natureza técnico-científica, da adequação entre meios planejados e empregados e fins e resultados a serem alcançados; da necessidade e exigibilidade das ações de saúde adotadas, de modo que as mesmas não violem e tampouco ofereçam proteção insuficiente aos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos e, por fim, com a explicitação da relação favorável entre os custos e benefícios das medidas efetivadas para o combate eficaz ao Coronavírus. Nenhum desses elementos jurídico-normativos restam configurados nas políticas públicas de saúde voltadas à fabricação, distribuição e fomento público ao uso da Cloroquina e Hidroxicloroquina para o enfrentamento do Coronavírus.

Como asseveram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, os atos do Estado, dentre os quais se incluem as políticas públicas de saúde, só serão compatíveis com o princípio da proporcionalidade se realizarem, simultaneamente, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a violação de qualquer deles já enseja a inconstitucionalidade



da medida ou política pública submetida ao teste da razoabilidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 419-420).

Ademais disso, para que as políticas públicas de combate à Covid-19 concretizem o direito fundamental à boa administração pública elas devem, em todas as suas fases, desde a formulação até o controle de resultados, ser transparentes, públicas e, na maior medida possível, visíveis, em respeito ao princípio constitucional da publicidade (artigo 37), com a demonstração analítica e clara, inclusive por meio da rede mundial de computadores (internet) e dos recursos tecnológicos e digitais disponíveis, da racionalidade técnico-científica de todas as ações públicas adotadas.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, é preciso articular os direitos fundamentais tradicionais com os direitos fundamentais digitais, buscando-se maior e melhor fundamentação e controle dos mesmos (CANOTILHO, 2019, p. 70-75), tudo com vistas à máxima eficácia e efetividade dos mesmos.

Assim, a transparências nas políticas públicas de saúde para o enfrentamento à Covid-19 permitirá à sociedade, à imprensa livre e aos órgãos de controle verificarem, participativamente, em todas as fases da dinâmica processual de cumprimento das medidas e ações planejadas, a verificação real, em concreto, da sustentabilidade das mesmas.

Essa sustentabilidade, diante da crise sanitária multidimensional, vale lembrar, deve ser, também, multidimensional, como assevera Juarez Freitas, destacando-se as suas perspectivas ética, jurídica, política, social, econômica e ambiental (FREITAS, 2012, p. 41), em respeito ao princípio constitucional da sustentabilidade (artigo 3º e artigo 225), que abrange todas essas dimensões, além da sua dimensão tecnológica.

Da mesma maneira, também será possível a sindicabilidade, por parte da sociedade e dos órgãos de controle, da motivação racional, clara e inteligível, de natureza técnico-científica, das condutas adotadas, de modo a cumprir o princípio constitucional da motivação das condutas da administração pública (artigo 93, inciso IX), com a possibilidade de responsabilização do Estado e dos agentes públicos por condutas equivocadas, imorais e ímprobas, consoante a ideia de responsabilização pública extraível da matriz constitucional brasileira (artigo 37, § 6º).



Além dessas obrigações, deveres e responsabilidades inerentes ao direito fundamental à boa administração pública no combate à Covid-19, também integra o seu núcleo densificador, o direito fundamental à boa gestão e alocação dos recursos públicos escassos para a execução das políticas públicas de saúde no Brasil, em respeito ao princípio constitucional da economicidade das ações estatais (artigo 70), de modo a traduzir a melhor aplicação econômica, financeira e orçamentária dos escassos recursos públicos, diante de um quadro cada vez maior de demandas por serviços públicos de saúde eficientes, agravado pelo Coronavírus. Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet e colaboradores:

[...] quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento de mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas [...]. (SARLET et al., 2018, p. 19).

Neste contexto, é certo que a efetivação de tais direitos fundamentais, princípios jurídicos e demais normas constitucionais, relacionados ao núcleo essencial inerente ao direito fundamental à boa administração pública na gestão dos serviços públicos de saúde, não excluem outros direitos fundamentais, como àqueles, brevemente mencionados no capítulo anterior, previstos no ordenamento constitucional setorial da saúde pública no Brasil (artigos 196 a 200), eis que se cuidam de *standards* mínimos, mas que exigem tutela jurídica em bloco.

Destarte, consoante o entendimento de Felipe Dalenogare Alves e Mônia Clarissa Hennig Leal, o direito fundamental à boa administração pública, além da sua dimensão jurídica, se vincula “[...] a padrões, procedimentos e práticas que buscam garantir o adequado exercício do poder e da tomada de decisão por parte dos governantes [...]” (ALVES; LEAL, 2020, p. 18-19).

Tudo isso, vale dizer, de modo que “a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental à boa administração” (FREITAS, 2014, p. 23), especialmente para o combate à Covid-19.

Assim, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988, a consagração dos direitos



fundamentais aludidos, como elementos estruturantes da própria Constituição brasileira de 1988, importa em considerar, com Luigi Ferrajoli, “uma esfera do indecidível”, ligada ao direitos fundamentais de liberdade, ao mesmo tempo em que se deve considerar “uma esfera do necessariamente decidível”, o que significa decidir com efetividade (FERRAJOLI, 2014, p. 19-20).

Em outros termos, significa dizer que o não decidir não se apresenta possível, notadamente no que tange à garantia dos direitos fundamentais sociais, especialmente, para o presente estudo, o direito fundamental à saúde, cuja atuação, nesse caso, deve ser para promovê-lo e, não vulnerá-lo, como seria o caso na adoção de políticas públicas de saúde de combate à Covid-19 sem base técnico-científica, e, portanto, violadoras do direito fundamental à boa administração pública na adoção de ações e serviços de saúde emergências para o enfrentamento do Coronavírus.

Como assevera Ana Paula de Barcellos, em matéria de direito fundamental à saúde, o Estado não poderá tomar decisões que prejudiquem a saúde da população (BARCELLOS, 2002, p. 273).

É exatamente o que ocorre quando o Poder Público adota políticas públicas de saúde lastreadas em medidas e ações sem prévio respaldo científico, como é o caso da fabricação, distribuição e fomento público ao uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o enfrentamento à Covid-19.

Neste sentido, é possível afirmar que políticas públicas de saúde para o combate ao Coronavírus devem ser dotadas de racionalidade técnico-científica, para que possam dar efetividade ao direito fundamental à boa administração pública, tão necessário à eficiente execução dos serviços públicos de saúde brasileiros, especialmente diante da crise pandêmica ora aludida, com trágicas consequências no Brasil.

No próximo capítulo, e a partir dos pressupostos teóricos e normativos identificados nos capítulos precedentes, analisa-se a constitucionalidade dos gastos públicos com a produção, distribuição e fomento público ao uso de medicamentos sem eficácia comprovada para o combate à Covid-19, especialmente o caso brasileiro das despesas públicas com a Cloroquina e Hidroxicloroquina, assim como as respectivas consequências no campo da responsabilidade pública do Estado e dos seus agentes públicos envolvidos.

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS GASTOS PÚBLICOS COM MEDICAMENTOS SEM EFICÁCIA COMPROVADA PARA O COMBATE À COVID-19: O CASO BRASILEIRO DAS DESPESAS PÚBLICAS COM A CLOROQUINA E HIDROXICLOROQUINA



Como se sabe, a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, divulgou, em sítio institucional, o documento intitulado “ORIENTAÇÕES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA MANUSEIO MEDICAMENTOSO PRECOCE DE PACIENTES COM DIAGNÓSTICO DA COVID-19”, que estabelece recomendações para o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o tratamento do Coronavírus. Do documento mencionado, merecem destaques os seguintes trechos:

[...] Considerando que até o momento não existem evidências científicas robustas que possibilitem a indicação de terapia farmacológica específica para a COVID-19; Considerando a larga experiência do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento de outras doenças infecciosas e de doenças crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde, e que não existe, até o momento, outro tratamento eficaz disponível para a COVID-19; [...] Considerando que o Conselho Federal de Medicina recentemente propôs a consideração da prescrição de cloroquina e hidroxicloroquina pelos médicos, em condições excepcionais, mediante o livre consentimento esclarecido do paciente, para o tratamento da COVID-19 (PROCESSO-CONSULTA CFM nº 8/2020 – PARECER CFM Nº 4/2020); [...]1. Apesar de serem medicações utilizadas em diversos protocolos e de possuírem atividade in vitro demonstrada contra o Coronavírus, ainda não há meta-análises de ensaios clínicos multicêntricos, controlados, cegos e randomizados que comprovem o benefício inequívoco dessas medicações para o tratamento da COVID-19. Assim, fica a critério do médico a prescrição, sendo necessária também a vontade declarada do paciente, conforme modelo anexo (BRASIL, 2020d).

Nada obstante, como destacado, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária já se manifestou pela ausência de comprovação científica de eficácia no uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o combate à Covid-19 (BRASIL, 2020a).



Ademais, cabe dizer que a legitimidade, economicidade, eficácia, constitucionalidade e legalidade das políticas públicas e respectivas despesas públicas da União Federal para o combate ao Coronavírus, especialmente as recomendações do Ministério da Saúde para o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, tem sido objeto de questionamentos por parte da doutrina, especialmente pela falta de expertise técnico-científica dessas recomendações e pela “ruptura ético-jurídica” que ensejam (BUSSINGUER, 2020a, 2020b).

Sob a ótica do controle, as ações da União Federal estão sendo apreciadas pelo Tribunal de Contas da União, em especial, nos autos do processo nº TC 014.575/2020-5, Relator Ministro Benjamim Zymler, que, por meio do seu Plenário, ofertou, por meio do Acórdão nº 1888, de 22 de julho de 2020 (BRASIL, 2020g), diversas recomendações voltadas à melhor governança e maior eficiência, eficácia e transparência das políticas públicas de saúde pertinentes ao combate à COVID-19, inclusive no que tange à Cloroquina e à Hidroxicloroquina.

Neste contexto, desde logo, vale reiterar a importância do direito fundamental à saúde do paciente (artigo 6º), que abrange a fundamentalidade material da sua livre escolha, consciente e informada, pelo profissional médico, na busca de proteção e promoção da própria saúde, com os meios e recursos cabíveis. Ao mesmo tempo, reforça-se a autonomia do médico para exercer a sua atividade técnica e se posicionar tecnicamente sobre a prescrição dos melhores medicamentos e terapêuticas, o que decorre do direito fundamental ao livre exercício da atividade profissional (artigo 5º, inciso XIII), desde que existam comprovações científicas da eficácia dos medicamentos e terapêuticas citados, o que não é o caso do Coronavírus, como se extrai das manifestações da Organização Mundial da Saúde, do Conselho Federal de Medicina do Brasil, do Ministério da Saúde do Brasil e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, como explicitado acima.

E assim se entende em respeito ao pluralismo de ideias, opiniões e visões de mundo, decorrentes do paradigma do Estado Democrático de Direito adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente do pluralismo político consagrado como princípio constitucional estruturante na matriz constitucional brasileira (artigo 1º). Ideologias, visões de mundo e opiniões técnicas e científicas diferentes fazem parte da humanidade, do constitucionalismo



e da democracia contemporâneas, e ter direito a elas constitui uma conquista civilizatória da qual não se pode transigir.

Todavia, isso não significa a possibilidade jurídica, diante desse mesmo paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado na Constituição brasileira de 1988, de a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, criar uma “política pública” que viabilize a produção, distribuição e fomento público do uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina na rede pública sistêmica da saúde para o combate ao Coronavírus, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, pelos argumentos jurídicos que se passa a expor.

Destarte, a incompatibilidade com o Texto Constitucional brasileiro de 1988 e com o direito infraconstitucional pátrio resta configurada, substancialmente, porque, como analisado nos capítulos anteriores, tanto a matriz constitucional quanto os marcos jurídicos infraconstitucionais examinados, notadamente a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990) e a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020c), incorporam uma lógica fundada em racionalidade ético-jurídica, de natureza técnico-científica, para a formulação, planejamento, orçamentação e controle das políticas públicas de saúde, especialmente no combate à Covid-19.

Neste passo, a adoção de ações voltadas à produção e fomento público do uso, com o respectivo fornecimento, na rede pública de saúde, da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, vulnera as normas constitucionais e infraconstitucionais acima examinadas, tendo em vista que não se pode promover e proteger o direito fundamental à saúde (art. 6º), com base em medicamentos que não tenham eficácia científica comprovada para o tratamento da Covid-19 e ainda proporcionem efeitos colaterais deletérios à saúde dos pacientes.

Relembre-se que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em seu artigo 3º, § 1º, estabelece que as medidas de urgência fundamentadas nesse marco jurídico somente poderão ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”, o que não se tem em relação à Cloroquina e à Hidroxicloroquina.

Além disso, essas ações administrativas da União Federal, voltadas à fabricação, fomento público ao uso e distribuição da Cloroquina e da Hidroxicloroquina no sistema único de saúde, vulneram o direito fundamental à boa administração pública, na perspectiva concretizadora do ordenamento



setorial da saúde pública, consoante estabelece a Constituição brasileira de 1988 (artigos 37 e 196 a 200).

Isto porque, como visto no capítulo anterior, essas iniciativas não atendem às diretrizes constitucionais e infraconstitucionais no sentido de que as ações e serviços públicos de saúde sejam eficientes, eficazes, transparentes, razoáveis, proporcionais, sustentáveis e dotadas de economicidade, de modo a realizar a alocação racional de recursos públicos da saúde para o combate à Covid-19, diante de um quadro de crise social, sanitária, econômica e escassez de recursos públicos. Ou seja, a realização de despesas públicas com ações voltadas à distribuição dos medicamentos citados, no âmbito do sistema único de saúde, não atende à normatividade examinada, posto que os mesmos não têm eficácia científica comprovada para o combate ao Coronavírus.

Sob outra perspectiva, as ações governamentais em exame também violam os princípios constitucionais da prevenção e da precaução (artigo 225), que asseveram que, diante da dúvida ou incerteza científica, recomenda-se a adoção de medida que preserve, da melhor maneira possível, à saúde das pessoas, o que vedaria o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, seja pela ausência de demonstração científica da eficácia dos mesmos, quer pelos seus efeitos colaterais na saúde das pessoas.

Em sentido semelhante decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo pertinente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, proposta pelo Partido Político Rede Sustentabilidade, em face União Federal, com decisão cautelar proferida em 31 de março de 2020, em que se proibiu que a União Federal, por meio da respectiva Chefia do Poder Executivo, venha a veicular qualquer propaganda ou publicidade institucional direcionada a induzir ou instigar a população brasileira ao retorno normal às suas atividades sociais e econômicas, paralisadas parcialmente em razão da crise do Coronavírus, vedando-se a realização de contratação de campanha publicitária destinada à mesma finalidade.

No caso em destaque, o Supremo Tribunal Federal se utilizou da argumentação jurídica no sentido de que essa iniciativa governamental federal colocaria em risco os direitos fundamentais à saúde, à vida e à informação inerentes aos cidadãos brasileiros, aplicando-se os princípios da prevenção e da precaução, ao estabelecerem que, na dúvida ou incerteza a respeito da adoção de



determinada diretriz científica ou técnica, deve-se adotar àquela que tenha maior potencial de proteção da vida e da saúde dos cidadãos.

Além disso, cabe afirmar que as ações governamentais voltadas à fabricação, fomento público ao uso e distribuição de Cloroquina e da Hidroxicloroquina, no âmbito do sistema público de saúde, para o combate à Covid-19, se caracterizam juridicamente como erro grosseiro, por não observância das normas técnicas e científicas pertinentes e legitimadoras dessas iniciativas públicas, nos termos do artigo 28 da Lei nº 13.655, de 25 de Abril de 2018 (BRASIL, 2018) e dos artigos 1º e 2º da ora revogada Medida Provisória nº 966, de 13 de Maio de 2020, o que enseja a responsabilização administrativa dos agentes públicos competentes.

Essa foi a orientação do Supremo Tribunal Federal, fixada nos autos do processo pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421-DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, julgada cautelarmente em 20 de maio de 2020 (BRASIL, 2020e), ao apreciar a constitucionalidade da Medida Provisória nº 966, de 13 de Maio de 2020 (BRASIL, 2020f), que buscou estabelecer parâmetros para a responsabilização civil e administrativa de agentes públicos diante da crise pandêmica decorrente do Coronavírus, fixando as seguintes teses:

[...] Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que: a) deferia parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; b) conferia, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º, § 1º, da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e c) firmava as seguintes teses: 1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir



que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos (BRASIL, 2020e).

Embora a Medida Provisória aludida tenha perdido a sua eficácia, pelo decurso de tempo, seus parâmetros para a configuração de erro grosseiro podem servir de referência para a interpretação e aplicação, nas hipóteses do presente estudo, do citado artigo 28 da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018).

Como asseveram Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, a normatividade em tela tem por finalidade proteger gestor público honesto e probo, restando caracterizado o erro grosseiro quando o agente público atuar com “negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis” (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 137).

Esse parece ser o caso dos agentes públicos que decidem pela fabricação, distribuição e fomento público ao uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina para o tratamento da Covid-19, mesmo diante da ausência de comprovação científica da eficácia desses medicamentos no caso em exame. Como assevera Miguel Seabra Fagundes:

[...] A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas conseqüências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade (FAGUNDES, 2006, p. 87).

Além da responsabilização subjetiva das agentes públicos competentes e responsáveis pelas ações de fabricação, distribuição e gastos com medicamentos sem eficácia científica comprovada, é possível sustentar juridicamente, ainda, a responsabilidade objetiva da União Federal, por ações do Ministério da Saúde, pelos danos morais e materiais causados aos cidadãos, em razão de condutas administrativas consubstanciadas na fabricação, distribuição e fomento público ao uso, por meio da rede pública de saúde, de medicamentos sem eficácia



científica comprovada, notadamente a Cloroquina e a Hidroxicloroquina, para o enfretamento da Covid-19, de modo a evidenciar intervenção indevida do Estado na ordem social (artigos 196 a 200), nos termos da Constituição brasileira de 1988 (artigo 37, § 6°).

Essa responsabilização, segundo Eduardo García de Enterría, é parte integrante de toda sociedade democrática, de modo a evidenciar que “[...] os titulares de qualquer função pública não podem não serem proprietários desta [...]”, o que também vai justificar o controle dos seus respectivos atos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2017, p. 15-17).

Cuida-se, pois, como ensina Paulo Otero, de uma responsabilização do Estado cujos fundamentos radicam nas ideias de justiça e do próprio paradigma do Estado de Direito, pois “[...] Toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública é suscetível, desde que gere danos, de determinar a responsabilidade civil [...]” (OTERO, 2019, 223-228).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise social, econômica e sanitária decorrente do Coronavírus ensejou a necessidade de alteração do marco jurídico, constitucional, infraconstitucional e infralegal, inerentes às políticas públicas de saúde no Brasil. Isso não significa a possibilidade de se afastar as conquistas civilizatórias inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado no artigo 1°, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em outros termos, o estado transitório de emergência na saúde pública brasileira, em razão da Covid-19, justificador, em princípio, de uma legislação, jurisdição e gestão pública excepcionais, não pode significar violação ao Estado Democrático de Direito no Brasil, em especial, aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido, é inconstitucional e ilegal e iniciativa da União Federal, por meio do Ministério da Saúde, no sentido de criar uma “política pública” que viabilize a produção, fomento público ao uso e distribuição da Cloroquina e da Hidroxicloroquina na rede pública sistêmica da saúde.



Destarte, a incompatibilidade com o Texto Constitucional brasileiro de 1988 e com o Direito infraconstitucional pátrio resta configurada, substancialmente, porque, como analisado no presente artigo, tanto a matriz constitucional quanto os marcos jurídicos infraconstitucionais examinados, notadamente a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 e a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, incorporaram ao Direito brasileiro uma lógica fundada em racionalidade ético-jurídica, de natureza técnico-científica, para a formulação, planejamento, orçamentação e controle das políticas públicas de saúde, especialmente no combate à Covid-19.

Neste passo, a adoção de ações voltadas à fabricação, fomento público ao uso e ao fornecimento, na rede pública de saúde, da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, vulnera as normas constitucionais e infraconstitucionais acima examinadas, tendo em vista que não se pode promover e proteger o direito fundamental à saúde (artigo 6º), com base em medicamentos que não tenham eficácia científica comprovada para o tratamento da Covid-19 e ainda proporcionem efeitos colaterais deletérios à saúde dos pacientes.

Ademais, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em seu artigo 3º, § 1º, estabelece que as medidas de urgência fundamentadas nesse marco jurídico somente poderão ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”, de modo a se alcançar consequências e resultados efetivos no enfrentamento à Covid-19, o que não se tem em relação à Cloroquina e à Hidroxicloroquina.

Além disso, essas iniciativas não atendem às diretrizes constitucionais e infraconstitucionais no sentido de que as ações e serviços públicos de saúde sejam eficientes, eficazes, transparentes, razoáveis, proporcionais, sustentáveis e dotadas de economicidade, de modo a realizar a alocação racional de recursos públicos da saúde para o combate à Covid-19, diante de um quadro de crise social, sanitária, econômica e escassez de recursos públicos. Ou seja, a realização de despesas públicas com ações voltadas à distribuição dos medicamentos citados, no âmbito do sistema único de saúde, não atende à normatividade examinada, posto que os mesmos não têm eficácia científica comprovada para o combate ao Coronavírus.

Sob outra perspectiva, as ações governamentais em exame também violam os princípios constitucionais da prevenção e da precaução (artigo 225), que



asseveram que, diante da dúvida ou incerteza científica, recomenda-se a adoção de medida que preserve, da melhor maneira possível, a saúde das pessoas, o que vedaria o uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, seja pela ausência de demonstração científica da eficácia dos mesmos para o combate à Covid-19, quer pelos seus efeitos colaterais na saúde das pessoas.

Ademais disso, cabe afirmar que as ações governamentais voltadas à distribuição de Cloroquina e da Hidroxicloroquina, no âmbito do sistema público de saúde, para o enfretamento do Coronavírus, se caracterizam juridicamente como erro grosseiro, por não observância das normas técnicas e científicas pertinentes e legitimadoras dessas iniciativas públicas, nos termos do artigo 28 da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, o que enseja a responsabilização administrativa dos agentes públicos competentes.

Além da responsabilização subjetiva dos agentes públicos competentes e responsáveis pelas ações de distribuição e gastos públicos com medicamentos sem eficácia científica comprovada, é possível sustentar, ainda, a responsabilidade objetiva da União Federal, por ações do Ministério da Saúde, pelos danos morais e materiais causados aos cidadãos, em razão de condutas administrativas consubstanciadas na produção, distribuição e fomento ao uso, por meio da rede pública de saúde, de medicamentos sem eficácia científica comprovada, notadamente a Cloroquina e a Hidroxicloroquina, a revelar intervenção indevida do Estado na ordem social, passível de indenização, nos termos da Constituição brasileira de 1988 (artigo 37, § 6º).

REFERÊNCIAS

ALVES, F. D.; LEAL, M. C. H. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 11-46, 26 nov. 2020.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



BARROSO, L. R. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

BINENBOJM, G. **Liberdade igual**: o que é e por que importa. História Real. Edição do Kindle, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Esclarecimentos sobre hidroxiclороquina e clороquina**. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/esclarecimentos-sobre-hidroxiclороquina-e-clороquina>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. 2020b. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28672:-2020-04-23-13-08-36&catid=3. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018**. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. 2020c. Art. 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Orientações e manuseio medicamentoso Covid-19**. 2020d. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/20/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421-DF**. 2020e. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 1 jun. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. 2020f. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº TC 014.575/2020-5, Acórdão nº 1888, de 22 de julho de 2020**. 2020g. Relator Ministro Benjamim Zymler, Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/cloroquina%2520e%2520hidroxicloroquina/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=82f92d80-fe6d-11ea-89e-1-698e8b681234>. Acesso em: 24 set. 2020.

BUSSINGUER, E. C. de A. **Usar cloroquina contra coronavírus requer responsabilidade ético-jurídica**. Disponível: <https://www.agazeta.com.br/colunas/elda-bussinguer/usar-cloroquina-contra-coronavirus-requer-responsabilidade-etico-juridica-0520>. Acesso em: 25 set. 2020a.

BUSSINGUER, E. C. de A. **Uso da hidroxicloroquina no SUS e política pública – ilegal ou humanitária**. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/colunas/elda-bussinguer/uso-da-hidroxicloroquina-no-sus-e-politica-publica-ilegal-ou-humanitaria-0720>. Acesso em: 25 set. 2020b.

CAMPUZANO, A. de J. La utopía constitucional y la sociedad abierta. “Una mirada crítica a los populismos”. In: CAMPUZANO, A. de J. (coord.). **Constitucionalismo**. Un modelo jurídico para la sociedad global. Editorial Aranzadi: Espanha, 2019, p. 499-550.

CANOTILHO, J. J. G. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 70-75.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**: volume 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

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



DE MORAIS, J. L. B. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

EMPOLI, G. da. **Os engenheiros do caos**. 1. ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAJOLI, L. **La democracia a través de los derechos**. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editorial Trotta: Madrid, 2014.

FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, J. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FRYDMAN, B. **O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional**. Uma mudança de paradigma. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOYARD-FABRE, S. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HARARI, Y. N. **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.



MARQUES NETO, F. de A.; FREITAS, R. V. de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA NETO, D. de F. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public: mythbusters**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters#chloroquine>. Acesso em: 3 set. 2019.

OTERO, P. **Direito do procedimento administrativo**: volume 1. Coimbra: Almedina, 2019.

SADDY, A.; SOUSA, H. A. M. de; RODOR, F. M. e R. **Direito Público das startups: uma nova governança público-privada nas parcerias administrativas entre o Estado e as entidades de tecnologia e inovação**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Empírico Jurídicos, 2020.

SANTOS, B. de S. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

SARLET, I. W. et al. **Política Pública e controle**: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOUTO, M. J. V. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TEIXEIRA, J. P. A. Covid-19, Revolução digital e capitalismo global: a pandemia em perspectiva decolonial. In: SOBRINHO, L. L. P.; CALGARO, C.; ROCHA, L. S. (org.). **A COVID e seus paradoxos**. Itajaí, SC: Univali, 2020, p. 269-278.



TORRES, R. L. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: volume 5. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VALLE, V. L. do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.