PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PUC MINAS

# ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL

# PRESERVAR E FORTALECER A DEMOCRACIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Programa de Pós-graduação em Direito
PUC Minas
CAPES
Conhecimento

# ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL - PRESERVAR E FORTALECER A DEMOCRACIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PUC MINAS

# ANAIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL - PRESERVAR E FORTALECER A DEMOCRACIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Conhecimento Editora
Belo Horizonte
2020

Copyright © 2020 by Conhecimento Editora
Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográfica, sem autorização expressa e prévia da Editora.

---

Conhecimento
www.conhecimentolivraria.com.br

**Editores**: Marcos Almeida e Waneska Diniz
**Revisão**: Responsabilidade dos autores
**Diagramação**: Reginaldo César de Sousa Pedrosa
**Capa**: Waneska Diniz
**Ilustração capa**: melitas by iStock

**Conselho Editorial**:
Fernando Gonzaga Jayme
Ives Gandra da Silva Martins
José Emílio Medauar Ommati
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Maria de Fátima Freire de Sá
Raphael Silva Rodrigues
Régis Fernandes de Oliveira
Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Sérgio Henriques Zandona Freitas

---

Conhecimento Livraria e Distribuidora
Rua Maria de Carvalho, 16 - Ipiranga
31140-420 Belo Horizonte, MG
Tel.: (31) 3273-2340
Whatsapp: (31) 98309-7688
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com
www.conhecimentolivraria.com.br

341.118 A532 2020

Anais do Congresso Internacional: preservar e fortalecer a democracia em tempos de pandemia / [organizado por] Marciano Seabra de Godoi [et al...]. - Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.
726p. ; 24cm (Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas-PPGD PUC Minas)

Vários autores.
ISBN: 978-65-86529-96-8

1. Direito- Anais de congresso. 2. Direito internacional. 3. Democracia. 4. Pandemia da Covid-19. 5. Saúde na pandemia. 6. Direito do trabalho-Pandemia. I. Godoi, Marciano Seabra de (Org.). II. Teodoro, Maria Cecília Máximo (Org.). III. Magalhães, José Luiz Quadros de (Org.). IV. Souza, Dimas Antônio de (Org.). V. Título.

CDDir – 341.118
CDD(23.ed.)–342

Elaborada por Fátima Falci – CRB/6-700

# Sumário

APRESENTAÇÃO ..... 9

**I PARTE**

*ISONOSIA* E ISONOMIA, EPIDEMIA E DEMOCRACIA
**Michelangelo Bovero** ..... 14

THE PANDEMIC AND THE MINORITIES
**Roberta Bortone** ..... 25

(DES)GLOBALIZACIONES, PODER CONSTITUYENTE POPULAR Y ALTERIDAD RADICAL. ENTRE RECONOCIMIENTO Y DESPRECIO
**Alejandro Medici** ..... 33

A SAÚDE DA PESSOA IDOSA NO CONTEXTO DE PANDEMIA
**Bruno Torquato de Oliveira Naves, Maria de Fátima Freire de Sá** ..... 90

O PANÓPTICO PÓS MODERNO NO TRABALHO
**Maria Cecília Máximo Teodoro, Karin Bhering Andrade** ..... 102

PERSPECTIVAS PARA CONJUNTURA DE CRISE ORGÂNICA DO CAPITAL NACIONAL E INTERNACIONAL: O QUE FAZER?
**José Luiz Quadros de Magalhães** ..... 120

O NOVO FUNDEB E A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 108/2020
**Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende,**
**Marciano Seabra de Godoi** ..... 134

**II PARTE**

A CONSTITUIÇÃO DE 1946 A PARTIR DO GOLPE CIVIL-MILITAR E DO AI-1: entre Normalidade e Anormalidade Legal
**Júlia Guimarães** ..... 154

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA O MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL
**Maria Adriane de Alcântara, Mário Lúcio Quintão Soares**..... 172

A GARANTIA FUNDAMENTAL DE APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ COMPETENTE E A IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM TEMPOS DE PANDEMIA
**Raphael Luiz Corrêa de Melo, Gabriel de Souza Salema**..... 188

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL NACIONAL
**Renata Pereira Mayrink** ..... 207

A PARTICIPAÇÃO DE ATORES NÃO ESTATAIS NO MECANISMO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL: uma Análise das Revisões sobre o Brasil
**Andrey Philippe de Sá Baeta Neves** ..... 225

A REDUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA COMO ATAQUE A DEMOCRACIA
**Camila Jorge, Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva**..... 247

AGEÍSMO E SELEÇÃO DE PACIENTES DURANTE A PANDEMIA
**Maíla Mello Campolina Pontes** ..... 265

AS ELEIÇÕES COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EM TEMPOS DE CRISE
**Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim, Layne Barbosa de Faria** ... 282

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE DEBATE DEMOCRÁTICO NAS DEMANDAS ENVOLVENDO POLÍTICAS PÚBLICAS
**Ana Cristina de Melo Silveira, Paula Oliveira Mascarenhas Cançado** ... 304

AUTONOMIA PRIVADA NA VELHICE E A INFANTILIZAÇÃO DO IDOSO NO CONTEXTO DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)
**Maria Clara Souza Alencar, Sarah Rêgo Goiatá** ..... 325

CIDADES VAZIAS E AS LIMITAÇÕES DA CIDADANIA NA PANDEMIA: uma Perspectiva Aristotélica
**Bárbara dos Santos Choucair, Gabriella Véo Lopes da Silva** ..... 343

COMINAÇÃO ELÁSTICA DAS PENAS: Violações Constitucionais, Direito Penal do Autor e Parâmetros
**Fábio Rocha de Oliveira**..... 357

COMO AS DEMOCRACIAS MORREM: uma Análise do Atual Contexto Brasileiro
**Melody Araújo Pinto Furman, Janaina Santos Curi** ..... 379

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE SALÁRIOS POR ACORDO INDIVIDUAL DURANTE A PANDEMIA E O PROTAGONISMO DO PRECARIADO NA LUTA CONTRA O DESMANTELAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO
**Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira, Débora de Jesus Rezende Barcelos**..... 394

DEMOCRACIA E LEGALIDADE: Criminalização da Homotransfobia à luz do Garantismo Penal de Ferrajoli
**Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger** ..... 417

DISTANCIAMENTO ENTRE ESCOLHER, PRIORIZAR E IMPOR: os Custos dos Direitos na Perspectiva das Despesas Públicas
**Ícaro Moreira Ursine, Gabriella Véo Lopes da Silva** ..... 433

ESCOLHAS NO FIM DA VIDA: uma Reflexão sobre o Direito de Morrer na Velhice e o Contexto Pandêmico
**Maria Clara Souza Alencar, Ana Carolina Santos**..... 455

INDÍGENAS E QUILOMBOLAS: a Luta pela Garantia de Direitos durante a Pandemia da Covid-19, as Omissões do Governo Brasileiro e as Consequências Internacionais
**Aline dos Reis Soares, Luena Abigail Pimenta Ricardo**..... 472

*LAWFARE* E DIREITO DO TRABALHO
**Euler Sandro Martins Perdigão, Roberta Silveira Zanetti**..... 497

MÍNIMO EXISTENCIAL, MÍNIMO ISENTO E COMPARAÇÃO BRASIL-ESTADOS UNIDOS QUANTO ÀS DEDUÇÕES PESSOAIS NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA
**Janaina Santos Curi, Marciano Seabra de Godoi** ..... 516

NECROPOLÍTICA E A (RE)LEITURA DA CRÔNICA *MINEIRINHO*, DE CLARICE LISPECTOR
**Gisleule Maria Menezes Souto, Luana Mathias Souto**..... 538

O COMÉRCIO INTERNACIONAL COMO PROMOTOR DA PAZ: as Restrições às Exportações e o Risco à Estabilidade Democrática
**Luena Abigail Pimenta Ricardo, Lucas Narciso Pimenta Ricardo** ..... 560

O IDEÁRIO DE DEMOCRACIA *PRÉT-À-PORTER* PELO DIREITO PENAL
**Thaís Silveira Otoni Fontella**..... 580

O IMPASSE NEOLIBERAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS DIRETIVAS CONSTITUCIONAIS
**Alexandre Nogueira Pereira Neto**..... 590

O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E A AÇÃO SIGILOSA "ANTI-ANTIFASCISTAS": Notas sobre a Decisão da Medida Cautelar Proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 722 do Supremo Tribunal Federal
**Gabriella Véo Lopes da Silva**..... 611

O *WHISTLEBLOWING* COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO À CORRUPÇÃO ENDÊMICA
**Mateus Vaz e Greco** ..... 637

PANDEMIA DA COVID-19 E DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: (In)constitucionalidade das Mitigações ao Direito à Privacidade em Tempos de Crise Sanitária à luz da Medida Provisória n.º 954/20 e ADI n.º 6.387/DF
**Rafael Barreto Ramos, Sarah Rêgo Goiatá** ..... 652

REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO SOCIAL, DEMOCRACIA E CIDADANIA FISCAL NO SÉCULO XXI
**Gabriela Cabral Pires, Flávio Couto Bernardes**..... 675

ROMPIMENTO DO PACTO CONSTITUCIONAL: de Adversários a Inimigos
**Camila Ramos Celestino Silva, Álvaro Ricardo de Souza Cruz** ..... 694

COMISSÃO AVALIADORA DOS ARTIGOS SUBMETIDOS..... 720

PROGRAMAÇÃO E PALESTRANTES DO CONGRESSO ..... 722

# APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional "Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia" surgiu da iniciativa das mestrandas Gabriella Véo Lopes da Silva e Bárbara dos Santos Choucair por ocasião das aulas da disciplina "Democracia, Liberdade e Cidadania", ministrada pelo Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi no primeiro semestre de 2020, em que se abordou o fenômeno do crescente autoritarismo no mundo e a necessidade de reafirmar a democracia como espaço de convivência e diálogo.

A temática despertou em todos o desejo de expandir esses debates para além da sala de aula, estreitando os laços entre discentes e docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas (PPGD PUC Minas) e de outras instituições de ensino. É que a democracia não é cara somente ao Programa (em que todas as Áreas de Concentração trazem a "Democracia" no nome), mas sim a toda a comunidade acadêmica, espaço de pluralidade de ideias, de questionamentos, de vozes; nossa intenção era, ainda que virtualmente, "aglomerar" – palavra de sentido renovado em tempos de distanciamento social –, reunir as pessoas em torno de discussões relevantes e capazes de mobilizar estudantes, pesquisadores e defensores do respeito à diversidade e ao diálogo social.

Com realização do Congresso "Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia", enriqueceu-se o intercâmbio do PPGD PUC Minas com outras instituições de ensino superior e programas de pós-graduação em Direito do Brasil, bem como fortaleceram-se as iniciativas de internacionalização do Programa.

Como palestrantes no evento, para além dos professores da casa e da presença do Magnífico Reitor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Dom Joaquim Giovani Mol Guimarães, contamos com a participação de palestrantes de **Alagoas** (UFAL), **Maranhão** (UFMA), **Minas Gerais** (UFMG), **Paraná** (Centro Universitário Curitiba; Universidade Tecnológica Federal do Paraná), **Pernambuco** (UFPE), **Rio de Janeiro** (UERJ; UFRJ), **São Paulo** (FGV-SP) e **Santa Catarina** (Universidade Federal de Santa Catarina).

No âmbito internacional, contamos com palestrantes da **Argentina** (Universidad Nacional de La Pampa, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires), **Bolívia** (Universidad Andina Simón Bolívar), da **China** (Shangai Lixin University of Accounting and Finance), da **Espanha** (Universidad del País Vasco; Universidad Autónoma de Madrid), dos **Estados Unidos da América** (Agnes Scott College),

da **França** (Université de Nantes), da **Itália** (Università degli Studi di Roma 1 "La Sapienza"; Università degli Studi di Torino), do **México** (Universidad Autónoma Metropolitana del Mexico) e de **Portugal** (Universidade de Lisboa; Universidade de Coimbra).

Para conglobar os debates que tinham temas correlatos, os ciclos de palestras ocorreram em quatro oportunidades, sendo as três primeiras relacionadas às Áreas de Concentração do Programa e a última voltada para discussão do papel da democracia no campo da saúde e da educação, com a apresentação de trabalhos de pesquisa enviados conforme instruções de um Edital publicado em julho de 2020. Todas as edições do Congresso foram transmitidas ao vivo, *online*, e se encontram registradas no canal do PPGD PUC Minas no YouTube.

A primeira edição do Congresso Internacional se deu nos dias 15 e 16 de setembro de 2020 e teve como tema central "Democracia, Autonomia Privada e Regulação", nome da primeira Área de Concentração do PPGD PUC Minas, com as mesas "Liberdade e Vulnerabilidade", "Dano Existencial e Responsabilidade Civil" e "O Trabalho em um Mundo Pandêmico".

A edição seguinte ocorreu nos dias 20 e 21 de outubro de 2020 e tratou do tema "Democracia, Constituição e Internacionalização", voltada para o Direito Constitucional, o Direito Internacional, os Direitos Humanos e o Direito Processual, ramos do Direito que integram a segunda Área de Concentração do PPGD PUC Minas. Para tanto, foram realizadas as mesas "Processo, Constitucionalização e Democracia Forte", "Democracia e Estado Plurinacional" e "Estado, Democracia e Diversidade".

Nos dias 17 e 18 de novembro de 2020 tivemos a terceira edição do Congresso, "Democracia, Liberdade e Cidadania", cuja temática se relacionou com o Direito Penal, o Direito Tributário, as Finanças Públicas e a Teoria do Direito, matérias afetas à terceira Área de Concentração do Programa. As mesas receberam como título "Democracia e Sistema Penal", "Covid-19, Finanças Públicas e Política Tributária" e "Fragilidade da Soberania Popular e Imunização do Futuro".

A quarta e última edição do Congresso Internacional ocorreu nos dias 1º e 02 de dezembro de 2020 e, como conclusão dos trabalhos, abordou-se o tema "Democracia, Saúde e Educação: Novos caminhos para o futuro", com as mesas "Pandemia, Sustentabilidade Fiscal e Financiamento da Saúde", "A Educação e seus Desafios" e a palestra de encerramento, proferida pelo Professor italiano Michelangelo Bovero, cuja conferência compõe o presente volume.

Neste que foi o maior Congresso já organizado pelo PPGD PUC Minas desde o ano de sua inauguração, em 1997, professores, pesquisadores e acadêmicos do Brasil e de várias partes do mundo debateram e celebraram,

no contexto aflitivo da pandemia da COVID-19, a importância inegociável da democracia.

O presente livro é a materialização desses debates profícuos e renovadores. Mais do que isso, é o registro de que, em 2020, em plena pandemia do coronavírus e em meio ao aparente "crepúsculo da democracia", a academia manteve-se alerta e desperta.

Os Anais são compostos de duas partes. Na primeira, publicam-se textos de autoria de alguns dos professores palestrantes no evento. O primeiro texto – "*Isonosia* e isonomia, epidemia e democracia" - corresponde à conferência de encerramento do Congresso, proferida pelo Prof. Dr. Michelangelo Bovero (Università degli Studi di Torino, Itália). Em seguida vêm o artigo "The Pandemic and the Minorities" da Prof.ª Dra. Roberta Bortone (Università degli Studi de Roma 1 "La Sapienza") e o trabalho "(Des) Globalizaciones, Poder Constituyente Popular y Alteridad Radical. Entre Reconocimiento y Desprecio" do Prof. Dr. Alejandro Medici (Universidad Nacional de La Pampa, Universidad Nacional de La Plata e Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, todas na Argentina).

Professores do PPGD também contribuíram com estudos científicos para os presentes Anais. A Prof.ª Dra. Maria de Fátima Freire de Sá e o Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Neves, ambos professores da PUC Minas, elaboraram artigo intitulado "A Saúde da Pessoa Idosa no Contexto da Pandemia". Uma das organizadoras deste Congresso, a Prof.ª Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro (PUC Minas) escreveu ao lado da mestranda Karin Bhering Andrade o trabalho "O Panóptico Pós-Moderno no Trabalho". O Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães (PUC Minas e UFMG), também organizador do Congresso, contribuiu com o artigo "Perspectivas para Conjuntura de Crise Orgânica do Capital Nacional e Internacional: O Que Fazer?". Finalmente, o Professor Marciano Seabra de Godoi e a Mestra pelo PPGD PUC Minas Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende contribuíram com o artigo "O novo Fundeb e a Emenda Constitucional n.º 108/2020".

Na segunda parte dos Anais, publicam-se os trabalhos científicos selecionados pela Comissão Avaliadora do Congresso conforme regras e exigências contidas em edital para submissão de artigos científicos, publicado em julho de 2020. A chamada foi amplamente divulgada no sítio eletrônico e nas redes sociais do PPGD PUC Minas e os artigos passaram pela avaliação sob o método *double blind review* por 16 professores doutores que lecionam em diversas instituições de ensino do Brasil (Centro Universitário Christus – Ceará, Centro Universitário Luterano de Palmas, Faculdade Damas da Instrução Cristã – Pernambuco, FGV-SP, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Unipar, Universidade Estadual do Tocantins, Universidade Federal do Espírito Santo, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade

Federal do Piauí, Universidade Federal do Tocantins, dentre outras), todos alunos e alunas egressos do PPGD PUC Minas. Os trabalhos selecionados foram objeto de defesa por parte de seus autores, cujas apresentações também estão registradas no canal do PPGD PUC Minas no YouTube.

Agradecemos imensamente a participação dos funcionários da secretaria do PPDG PUC Minas na organização do Congresso, aos alunos e aos professores que contribuíram para a realização do evento. Esse trabalho não seria possível sem a parceria do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi), sediado em Belo Horizonte/MG.

Agradecemos e registramos que a edição dos presentes Anais contou com o apoio financeiro que o PPGD PUC Minas obteve do Programa Proex da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Belo Horizonte, dezembro de 2020.

Comissão Organizadora do Congresso Internacional
"Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia" –
Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Coordenador PPGD PUC Minas)
Prof.ª Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro
Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Prof. Dr. Dimas Antônio de Souza
Mestranda Gabriella Véo Lopes da Silva (Bolsista Capes)
Mestranda Bárbara dos Santos Choucair (Bolsista Capes)
Doutorando e Mestre Ícaro Moreira Ursine (Bolsista Capes)
Mestrando Gabriel de Souza Salema (Bolsista Capes)

# I PARTE

# *Isonosia* e isonomia, epidemia e democracia*

Michelangelo Bovero[1]

1. Todos os homens são mortais.

Lembro-me de perceber isso muito cedo, e sozinho. Mas eu não entendia o porquê, e não tinha a quem perguntar. Portanto, tentei não acreditar. Tentei não desistir. Procurava, sozinho comigo mesmo, explicações e objeções, juntas. Todos realmente devem morrer, todos aqueles que, agora, estão vivos? Eu também? E aqueles que morreram, por que morreram? Procurava questionar as respostas extraídas dos discursos dos adultos. Guerra? Mas ela havia acabado já há alguns anos. Acidentes? Mas naquela época eles eram realmente raros, afetavam poucas pessoas; ao menos, era o que parecia, de nossa parte. O avô de Mario era velho. Mas alguns idosos, mesmo muito mais velhos, estavam vivos. Papai estava doente. Mas eu também adoeci, até a minha mãe, até meu irmão mais velho, e ainda assim fomos curados. Não estamos mortos.

Lembro-me bem de como e quando amadureci minha convicção, minha "verdade", e quantas vezes eu a repeti para mim mesmo, repeti em minha mente para manter o medo sob controle: todos os homens – na verdade, todos os animais, seres vivos, até os gatos de minha avó, que entretanto têm sete vidas – todos *podem* adoecer, e aqueles que adoecem *podem* morrer. Devemos tentar não ficar doentes. Devemos nos cobrir bem.

Foi o terrível fevereiro de 1956: muito frio. Neve e geada por toda parte, e por muito tempo. Para ir à escola, na primeira série, a única escola do meu

---

* Conferência de encerramento (proferida em 2 de dezembro de 2020) do Congresso Internacional "Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia", organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e pelo Instituto de Estudos Fiscais, ambos sediados em Belo Horizonte, Brasil. O texto, escrito em italiano, foi traduzido por Gabriella Véo Lopes da Silva, mestranda no PPGD PUC Minas, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e uma das organizadoras deste Congresso Internacional. E-mail: gabriellavlds@gmail.com.

[1] Concluiu os estudos de Filosofia e de História da Filosofia sob orientação de Pietro Chiodi e Nicola Abbagnano, e de Filosofia do Direito e de Ciência Política sob a orientação de Norberto Bobbio. Em 1972, laureou-se em Filosofia com uma tese de Ciência Política, "*Critica della teoria dell'élite*", sob a orientação de Norberto Bobbio. É filósofo, escritor e professor de Filosofia Política na Università degli Studi di Torino, na Itália.

bairro que mantinha as crianças até o final da tarde, era preciso atravessar uma ponte sobre o Dora, um dos três rios de Turim. Às oito da manhã e às seis da tarde, um vento polar soprava sobre a ponte, trazendo cristais de gelo entre os cílios, penetrando na única fenda aberta entre as barreiras de lã. Um dia, soubemos que havia sido encontrado um senhor morto perto da ponte. Morreu de frio. Não tinha conseguido se abrigar, não teve forças para chegar à igreja de San Gioachino, onde costumava se refugiar. Pensei: certamente ele não possuía um casaco pesado o suficiente, e foi acometido de uma doença muito rápida, fulminante.

O frio era frio para todos, igual para todos. Mas nem todos eram iguais diante do frio. Até o vírus da nossa pandemia também é o mesmo para todos, igual para todos. Mas nem todos são iguais diante do vírus.

2. O título da minha conversa consiste em quatro palavras compostas, cujos componentes simples se originam na língua grega antiga, minha língua favorita. Mas a primeira dessas palavras, *isonosia*, não existe no vocabulário clássico: eu a inventei, juntando o prefixo *iso-*, que significa "igual", a um substantivo abstrato, *-nosia*, construído sobre a raiz de *nosos*, termo clássico que genericamente significa "doença".

Como é evidente, inventei o termo composto *isonosia* tomando como modelo o composto clássico *isonomia*, que é o nome mais antigo da democracia: é possível encontrá-lo em Heródoto, no célebre capítulo de *Histórias* em que aparece a primeira formulação da teoria clássica das formas de governo. A seguir, tentarei construir o sentido do meu neologismo, *isonosia*, com um raciocínio por analogia a partir dos significados atribuídos ao seu modelo ilustre, a *isonomia*.

(Mas, primeiro, uma advertência metodológica, talvez supérflua. Na escola de pensamento em que me formei, a escola de Norberto Bobbio, o uso de modelos conceituais clássicos não é, de forma alguma, um ouropel erudito, muito menos é concebido como um meio para se afastar da seriedade e da gravidade dos problemas do presente; pelo contrário, é uma forma de tentar compreender nossos problemas valendo-se do patrimônio de ideias que herdamos dos séculos da cultura de que somos filhos e que possuímos sobretudo na linguagem, muitas vezes sem o perceber. E diante de circunstâncias dramáticas como aquela em que estamos imersos, é também uma forma de combater a angústia e manter a razão estável).

Então: *isonomia* e *isonosia.*

Apesar das queixas de alguns estudiosos (aos quais sempre me associei), o termo *isonomia* ainda é comumente traduzido como "igualdade perante a lei". É um erro, precisamente um erro de tradução, que deriva de uma má interpretação das passagens canônicas das *Histórias* de Heródoto nas

quais o termo aparece, nas origens da era clássica. No entanto, a princípio convido a tomar essa tradução como certa, mesmo que não seja, e a analisar a noção que ela expressa, como se fosse; num segundo momento, convidarei a considerar a tradução correta de *isonomia* e a explorar as possíveis virtudes heurísticas da noção, especificamente diferente, nela formulada.

A expressão "igualdade perante a lei" não deixa de ser ambígua. Certamente, esta não é a ocasião oportuna para abordar mais uma vez o problema inesgotável do princípio da igualdade; aqui me limito a pôr nos termos mais diretos, e por assim dizer ingênuos, a questão do significado dessa expressão comumente usada. Portanto, da forma mais simples, concordemos em entender "lei" como um preceito vinculante, comando da comunidade dirigido aos seus membros; e procuremos determinar o significado de "igualdade", *desta* igualdade que se especifica como igualdade "perante a lei", respondendo a duas questões canônicas: igualdade "entre quem" e igualdade "em quê". Não parece difícil responder à primeira pergunta: trata-se da (melhor: *de uma*) igualdade *entre os destinatários* da lei, que são *todos* os membros da comunidade. Por sua vez, seria insatisfatório responder à segunda questão determinando essa igualdade como igualdade *na obrigação* de obedecer à lei. Não é isso o que se quer dizer com a fórmula "*perante* a lei" (que agora começa a se revelar estranha). Pelo contrário, significa que: 1) ninguém, entre os membros da comunidade, está acima ou fora da lei, todos estão de frente para a lei, a lei "encara" todos, abraça os comportamentos de todos; e 2) todos *devem* ser considerados, tratados, *julgados* com base na lei, ou seja, com *o mesmo critério* de julgamento, não com "pesos e medidas" diferentes, o que levaria a atribuir vantagens ou desvantagens indevidas a alguns sujeitos sobre outros, ou seja, produziriam privilégios e discriminações. Se a lei é *o único* critério, o *mesmo* critério pelo qual *todos* são julgados, então a lei trata a todos da mesma maneira. Ou seja: "todos são iguais perante a lei".

3. Tentemos agora construir por analogia o significado do termo (que eu inventei) *isonosia*, como se com essa palavra eu quisesse dizer "igualdade diante da doença, do coronavírus"; e então nos perguntemos se uma situação (um estado) de *isonosia* pode ser afirmada realmente existente. Que igualdade seria essa hipotética "igualdade diante do vírus"? Igualdade *entre quem*? Pois bem, seria uma igualdade verdadeiramente universal: igualdade *entre todos os seres humanos*, entre os membros do coletivo "humanidade". E igualdade *em quê*? Em sermos todos *vítimas potenciais* do contágio, mesmo que de fato o contágio não tenha as mesmas (iguais) consequências para todos. Mas, a priori, ninguém pode ter certeza de que não sofrerá consequências prejudiciais e fatais se infectado. E, além disso, assim como ninguém

pode se considerar fora ou acima da lei, ninguém pode acreditar que está imune ao contágio. *Desse* ponto de vista, podemos dizer que existe *isonosia*, que a "igualdade diante do vírus" é um estado de coisas realmente existente.

Por *outro* aspecto, entretanto, devemos reconhecer que existem *diferenças significativas* entre os infectados, possíveis ou reais: ou seja, diferenças que favorecem a infecção e/ou a tornam mais perigosa nas consequências. Aprendemos a reconhecê-las: são diferenças de idade, profissão, condições pessoais, econômicas e sociais. Por esse outro aspecto, portanto, não existe uma verdadeira *isonosia*.

Melhor dizendo: por um lado, não se pode dizer que o vírus favorece os (já) privilegiados socialmente, e de fato não os poupa a priori; mas, por outro lado, pode-se dizer que atinge com mais facilidade e força aqueles que (já) estão, de uma forma ou de outra, em desvantagem. Certamente afeta médicos e enfermeiras, que têm uma desvantagem *circunstancial*; os idosos e os enfermos, que têm uma desvantagem, por assim dizer, *incidental* (alguns por acaso já estão velhos ou já doentes quando chega a pandemia: acidente grave, péssima *tyché*, azar); mas de forma mais ampla e segura afeta os mais fracos, os mais fracos *da sociedade*, não apenas pela idade ou pelas condições físicas anteriores: refugiados sem abrigo; os que são obrigados a se expor ao trabalho, porque têm que trabalhar para si e para todos; aqueles que têm dificuldade em se proteger, porque não têm os meios, os recursos (não têm "casaco pesado"...), ou não conseguem se isolar dos infectados, porque vivem em espaços confinados. E muitos mais.

Diríamos então que o vírus se comporta como um juiz classista e racista? Não: é uma imagem – uma alegoria – que nos desencaminha, não nos ajuda a ver, a compreender a realidade. Podemos, de fato, identificar e classificar os infectados ou sujeitos ao contágio em diferentes *categorias sociais*, podemos determinar quais são as categorias a que pertencem os sujeitos *com maior risco* de contágio, mas devemos reconhecer que essas categorias não estão todas colocadas do mesmo lado, no lado dos desfavorecidos, das desigualdades sociais. Ao contrário: basta pensar nos poderosos arrogantes e idiotas (você conhece algum?); nos estúpidos ricos; nos negacionistas, mesmo que não (todos) ricos, a classe média da estupidez; nos turistas despreocupados, os verdadeiros "contaminadores" do verão passado na Europa; nos jovens que celebram e dançam, dia e noite, espremidos nos diversos pontos de encontro; finalmente, nos jogadores. (E deixe-me dizer: perdemos uma oportunidade extraordinária, este ano, de chutar o futebol para longe, não me refiro ao esporte do futebol, mas sim ao vergonhoso e sem sentido carrossel bilionário que o envolve e penetra).

Mas, de novo, pensemos naqueles que transgridem as regras da prudência e/ou exigem seu abrandamento pelo medo de perder trabalho e renda:

bem, eles estão colocados tanto no topo quanto na base da escala social; ou pensemos nos acadêmicos, nos alunos, nos professores, no mundo da escola, que de fato é atravessado por fraturas sociais mas é, como tal, como um mundo (como uma dimensão da realidade social) neutro em relação a elas e, na verdade, por vocação, por função essencial, se opõe a elas.

Ainda assim, ninguém pode negar que as desigualdades sociais são fatores relevantes na pandemia, em seus diversos aspectos e em suas diversas fases. No entanto, não podemos afirmar, seria uma alegoria enganosa, que o vírus "discrimine" suas vítimas com base nas desigualdades sociais: o vírus é o mesmo para todos, se comporta da mesma forma com todos, o vírus é "igual para todos". Em vez disso, são os seres humanos, os indivíduos, que *não são* todos iguais diante do vírus, ou que *não se comportam* da mesma forma com o vírus. Eles não o encaram, não o enfrentam com os mesmos meios e as mesmas atitudes. Como no frio: há quem tem casaco e quem não tem; mas também há quem o tire, por estupidez ou por mera necessidade (na verdade é pior do que no frio: com o vírus, não há "casaco" que o segure). Resumindo: o vírus é igual para todos, nem todos são iguais perante o vírus.

Para entender melhor o que estamos dizendo, volto ao meu modelo de referência: a isonomia.

4. A fórmula "igualdade perante a lei" parece equivalente à que se destaca nos tribunais, "a lei é igual para todos". Mas mesmo neste caso (mais uma vez, considero a questão da maneira mais simples e direta), há ambigüidades a resolver. Esta, "a lei é igual para todos", é apenas *prima facie* uma sentença descritiva, como tal capaz de ser verdadeira ou falsa: é antes de tudo um preceito, dirigido ao juiz, ao qual se ordena ser *imparcial*, se ordena não recorrer, quando do julgamento, a outros critérios que não sejam (aqueles contidos n)a lei, se ordena não discriminar ou privilegiar ninguém pela adoção de critérios arbitrários ou seguindo inclinações e preferências subjetivas. Em vez disso, "igualdade perante a lei", uma fórmula legal que aparece em muitos documentos normativos, por exemplo, no art. 3, primeiro parágrafo da Constituição italiana, é antes de mais nada um preceito dirigido ao legislador (ordinário), mas também (direta ou indiretamente) ao juiz, a quem ordena não emitir ou aplicar regras que dêem relevância para certas diferenças – a Constituição italiana as especifica: diferenças "de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais" – com base nas quais, se fossem consideradas relevantes, certos grupos de sujeitos receberiam tratamentos discriminatórios, seriam tratados como essencialmente "diferentes", inferiores (ou superiores) aos outros: como se esses grupos – por exemplo étnicos ou religiosos, mas também mulheres, ou negros, ou homossexuais, etc. – tivessem, cada um, *sua própria lei especial*. A república, a comunidade,

como diz a Constituição italiana, não reconhece diferentes "dignidades sociais", diferentes *categorias* para distribuir os indivíduos, regulando seu comportamento de diversas formas, como era o caso no *ancien régime*, quando o mesmo ato tinha consequências jurídicas diferentes se executado por um nobre ou não nobre. Não, no *moderne régime*, após as grandes revoluções que aboliram as diferenças de *status*, "todos têm lei igual": todos os indivíduos, independentemente de suas diferentes condições pessoais ou sociais, estão sujeitos à mesma lei, e nenhuma diferença – de gênero, raça, idioma, etc. – pode ser considerada e afirmada como se fosse uma diferença de *status*, de forma a implicar um tratamento diverso, discriminatório ou privilegiado, para um indivíduo identificado como portador dessa "diferença". Portanto, "igualdade perante a lei", interpretada como a norma (constitucional) que prescreve que "todos têm igual lei", norma que obriga o legislador (ordinário) a não fazer expedir normas discriminatórias ou privilegiadas para qualquer grupo social, é uma norma diferente e logicamente precedente à contida na afirmação "a lei é igual para todos", que obriga o juiz a ser imparcial, equânime, a julgar todos os indivíduos com o mesmo padrão, justamente o da lei.

Porém, em um *outro* sentido, desta vez descritivo, daquela expressão ambígua, nem todos os indivíduos são iguais "perante" a lei, a única lei, a lei igual para todos: aqueles que comparecem "perante" o juiz, o qual aplica a todos de forma igualitária, imparcial, a lei igual para todos, tornada igual para todos pelo legislador, comparecem [perante o juiz] em condições reais, produzidas pela história pessoal, econômica, social de cada um, *diferentes*: condições anteriores ao encontro com a lei ou ao choque com a lei, que tornam os indivíduos *desiguais* em sua capacidade de "enfrentar" o julgamento. Elas os tornam, de fato, "desiguais perante a lei". Os privilégios pessoais, econômicos e sociais dos "desiguais no topo" também chegam aos tribunais e aí são transformados em privilégios adicionais, em "casacos pesados" contra os "rigores" da lei: por exemplo, o privilégio de poder pagar os melhores advogados. Por outro lado, as desvantagens pessoais, econômicas e sociais acompanham os "desiguais na base" mesmo diante de magistrados, autoridades públicas, aqueles que executam e aplicam a lei, deixando-os despidos de "casacos pesados": fora da metáfora, sem meios eficazes de defesa que a própria lei admite e prevê, mas que de fato não garante a todos por igual.

De modo análogo, aqueles que estão expostos ao vírus, ao potencial contágio de um vírus que é "igual para todos", que infecta a todos sem privilégios ou discriminação – e nesta pandemia são todos os seres humanos que se encontram na situação de potenciais vítimas do contágio – trazem, porém, nesta situação as suas diferentes *condições*, as suas *anteriores* condições pessoais, econômicas e sociais que os tornam *desiguais* tanto na probabilidade de se infectarem como na gravidade das suas eventuais consequências.

Elas os tornam "desiguais diante do vírus". Mais fortes ou mais fracos para lidar com a pandemia. Embora, não raro, os mais fortes se comportem de forma a se tornarem fracos, em alguns casos até mais fracos do que os fracos. Desde o início da pandemia, alguns dos personagens mais emblemáticos da arrogância do poder, expoentes do que eu chamo de "autocracia eletiva", exibiram atitudes descaradas, desafiando o contágio como se fossem invulneráveis: comportamentos estúpidos e mortais, que induzem consequências terríveis sobre todos os outros, também porque são imitados por aqueles (e infelizmente são muitos) que se reconhecem na estupidez dos poderosos (de alguns poderosos), agravando as condições gerais da comunidade, e da humanidade, de forma insensata e criminosa. Acrescento que, em alguns casos, não é infundada a suspeita de que certos tolos poderosos, após contrair o vírus, se beneficiaram do privilégio adicional de serem tratados com medicamentos ainda inacessíveis a outros.

Dito isso, o que preciso reiterar e destacar é que *algumas* das *diferenças relevantes* que tornam os indivíduos desiguais "diante do vírus" coincidem, ou derivam, das *desigualdades sociais*. Em particular: os fracos "sociais", os "desiguais na base", são desiguais perante o vírus devido às mesmas desigualdades sociais que também os tornam desiguais perante a lei.

5. Volto ao meu raciocínio por analogia, mas mudando sua perspectiva: ou seja, restaurando o significado correto do primeiro termo da comparação. Já que *isonomia* não significa – na linguagem de Heródoto – "igualdade perante a lei". Significa: "igualdade *estabelecida por lei*". Qual lei? Justamente o análogo do que chamaríamos de direito constitucional: a regra fundamental da convivência, aquela que estabelece as relações entre a comunidade e seus membros (entre o Estado e os cidadãos). Pois bem: que igualdade é instituída por esta lei fundamental? Igualdade entre quem? Entre todos os membros da comunidade, sem distinção de classe e riqueza. Em quê? No direito de participar, cada um com igual peso em relação ao outro, nas decisões coletivas, válidas para todo o coletivo, vinculativas *erga omnes*. Essa igualdade, que chamaríamos de igualdade de direitos políticos, tornou-se a regra política fundamental de Atenas no século V: foi uma "evolução constitucional", como Finley a chama, que estabeleceu a democracia. Isonomia e democracia, em Heródoto, são substancialmente sinônimos.

Perguntemo-nos agora: é possível construir, por analogia com *este* significado (filologicamente correto) do termo isonomia, "igualdade instituída por lei", um *outro* significado do termo (inventado) *isonosia*, um significado especificamente diferente daquele de "igualdade perante o vírus", que na primeira parte do meu discurso eu construí por analogia ao significado (filologicamente incorreto, mas comumente adotado) de isonomia como "igualdade perante a

lei"? Vamos tentar traduzir *isonosia* por «igualdade *estabelecida* pelo vírus». Isso faz sentido? É plausível? Isso significa alguma coisa? Que igualdade poderia ser essa, que antes do vírus não existia, e que o vírus, como pandemia, teria estabelecido em todo o mundo, para toda a humanidade? Não uma igualdade na "contagibilidade" (que poderíamos formular assim: "todos os homens são contagiáveis pela *covid-19*"), porque esta existia, tinha que poder existir *antes* do vírus, verdadeiramente como condição potencial de sua propagação pandêmica. Certamente não a igualdade na mortalidade ("todos os homens são mortais"), que obviamente existia antes e independentemente deste vírus, e que felizmente este vírus não "realizou", fazendo passar a mortalidade de todos os seres humanos da possibilidade à realidade, como uma verdadeira "plaina" universal. Nem todos morreram ou vão morrer de *covid-19*, pelo menos esperamos. Nem, muito menos, a hipotética "igualdade *estabelecida* pelo vírus" poderia ser alguma forma de igualdade "nas condições pessoais e sociais" (para usar a fórmula da Constituição italiana): exatamente o oposto é verdadeiro. Vimos que o próprio vírus "ignora" as diferentes condições dos indivíduos, não as modifica de forma alguma, permite que existam como tais e infecta mais fácil ou severamente indivíduos que (já) estão em condições desvantajosas ou desfavoráveis, juntamente daqueles que se expõem ao contágio por estupidez. Nem todos são iguais perante o vírus, como sabemos, e certamente não é o vírus que os *torna* iguais.

Em suma, não me parece que exista, que seja reconhecível alguma "igualdade *estabelecida* pelo vírus". Nesse sentido entendida, a *isonosia* não existe. Em vez disso, pode-se dizer que o vírus tornou *mais evidentes* as desigualdades já existentes. Ainda mais: destacou – para a evidência de quem quer ver, despertando da anestesia do hábito – que o nosso problema, o problema mais radical do nosso mundo, do nosso modo de vida, é justamente a desigualdade. Pior ainda: pode-se dizer sem exagero que é o modelo de vida que se tornou hegemônico, o paradigma social que se tornou dominante no último meio século, que produziu a desigualdade e a pandemia de que padece o mundo. Uma forma de vida insustentável e autodestrutiva. Da qual todos são vítimas, mesmo os algozes, mesmo os vencedores, tanto os "desiguais no topo" como os "desiguais na base": vítimas reais ou potenciais, tanto do modelo de vida como da pandemia. Que, desse modelo, construído sobre a predação da natureza, é uma consequência e uma parte integrante.

6. Concluo, dirigindo a atenção para o nível estritamente político. Já escrevi várias vezes, e talvez tenha repetido com demasiada frequência, que na última parte do século XX e na primeira do século XXI, juntamente do surgimento da globalização neoliberal e seu modelo social anti-igualitário, testemunhamos a expansão de um processo de degeneração da arquitetura institucional, que

transformou os regimes políticos de todas as partes do mundo (onde mais, onde menos) em autocracias eletivas disfarçadas de aparências democráticas. Mas também reiterei (e aqui eu confirmo) que uma aparência de democracia – respeito formal às regras do jogo mesmo que danificadas e muitas vezes distorcidas, às instituições representativas mesmo que enfraquecidas, à divisão de poderes mesmo que desequilibrada – ainda mantém aberta a possibilidade de uma regeneração democrática. Bobbio dizia: uma má democracia é sempre melhor do que uma boa ditadura. Eu estendo o julgamento: uma democracia aparente é melhor do que uma autocracia conclamada.

O advento da epidemia de *covid-19*, que logo se tornou uma pandemia, fez com que alguns temessem que os inimigos da democracia (eles estão sempre lá, estão sempre à espreita) pudessem se aproveitar da oportunidade para derrubá-la. Para traduzir a democracia aparente em autocracia manifesta. A porta pela qual se temia que pudesse passar o estabelecimento de um regime autocrático poderia ter sido a atribuição de poderes extraordinários aos vértices do Executivo, justificada pela proclamação de um "estado de emergência", ou um "estado de exceção", ou um "estado de sítio", ou um "estado de necessidade e urgência" (ou similar). Essas são fórmulas jurídicas encontradas em várias constituições, e às quais as constituições atribuem significados convencionais, derivados de eventos históricos diversos. Mas convido a não descuidar da possibilidade de avaliar as suas diferenças de peso; em particular, sublinho a grande periculosidade da noção de "estado de exceção", devido ao uso que Carl Schmitt fez dela e ao impacto que esse uso teve e continua a ter em grande parte da cultura jurídica e política. Digo drasticamente: a democracia não permite exceções. Não é concebível que se preveja uma situação geral de suspensão da democracia e do estado constitucional de direito. É inaceitável que um *regime* diferente da democracia constitucional possa ser estabelecido, ainda que *pro tempore*.

Na Constituição italiana, o "estado de exceção" não é previsto; mas também não é o mais brando "estado de emergência" (e deixe-me dizer que esta não é a última razão para sua preferibilidade sobre outras constituições). Na Itália, é a *lei ordinária* que prevê um "estado de emergência sanitária", que pode ser declarado pelo Conselho de Ministros, e com base no qual o Primeiro-Ministro pode ser autorizado a promulgar atos em derrogação da lei. É, esta, a autorização que foi concedida por um Decreto-Lei de 23 de fevereiro de 2020. Seguiram-se atos normativos que ordenaram a *limitação*, a *restrição temporária* de alguns direitos constitucionais de liberdade e também de um direito social fundamental, o da educação. A suspensão *total* não se seguiu, muito menos a abolição desses direitos. No entanto, é discutível se esses atos têm (tiveram) plena legitimidade constitucional. Na minha humilde opinião, eles eram (estavam) compatíveis com a Constituição, não a violaram.

Mas, em qualquer caso, ninguém pode argumentar que *a democracia* – o princípio democrático: o princípio da autodeterminação coletiva – foi de fato suspensa com a atribuição de poderes especiais (ou pior, "poderes plenos") ao vértice do Executivo: isto porque, embora com certas dificuldades e por vezes com algum forçamento, a "reserva de lei" foi substancialmente respeitada. O sistema jurídico italiano como um todo (aqui estou omitindo questões complicadas de hierarquia de fontes) admite a possibilidade de limitar alguns direitos constitucionais por razões de saúde ou segurança pública – e isso parece justificado em um nível lógico e ontológico, antes mesmo que jurídico, diante da necessidade de proteger o direito à vida como *conditio sine qua non* para a concessão, o gozo e a garantia de qualquer outro direito –, mas apenas se as limitações forem estabelecidas e reguladas por lei, ou por atos com força de lei (como decretos-lei e decretos legislativos), isto é, com os atos imputáveis a uma vontade deliberada do Parlamento: com os *atos democráticos*. E em qualquer caso sujeitos ao controle do Judiciário. Não com atos "soberanos" do Governo. Muito menos de um sujeito único, o Presidente (do Conselho de Ministros ou da República). A democracia nunca é compatível, na verdade é negada, pela imposição do que chamo de "poder singular", o poder monocrático dos chefes dos Executivos, que tendem a desautorizar parlamentos e a se libertar de vínculos e controles.

Poderia acontecer que a declaração, ainda que legítima e mesmo zelosa, do estado de emergência após o advento da epidemia da *covid-19* proporcionasse a alguns sujeitos políticos a oportunidade e os meios para forçar os arranjos institucionais e dobrá-los em configurações autoritárias, senão para o estabelecimento de regimes despóticos. Isso não aconteceu em nenhum dos estados europeus de (como dizem) democracia consolidada (ainda que deteriorada, acrescento). Pelo contrário, no mundo, aconteceu o inverso: os expoentes e proponentes de governos fortes, intolerantes às restrições constitucionais, desdenhosos da dialética parlamentar, dedicados à concentração de poderes, à repressão da dissidência e à manipulação do consenso, os presidentes presidencialistas cesaristas plebiscitaristas ou aspirantes a tal, exemplos em vária escala, mesmo minúsculos e grotescos, de bonapartismo, não só político, mas também psiquiátrico, daqueles que acreditam ser Napoleão (ou Horatio Nelson); bem, esses personagens não "colocaram lenha na fogueira" da pandemia, fomentando o medo para reclamar e reivindicar para si poderes (ainda mais) ilimitados. Ao contrário, minimizaram a emergência sanitária, negaram e até ridicularizaram sua gravidade, ignoraram o peso do sofrimento e das mortes.

Surpreendente? Não, não é surpreendente. Autocratas reais ou potenciais, por aspiração ou por posição adquirida, tendem a conceber seu papel como legitimado no quadro da lei universal do mais forte, que se reflete tanto

no darwinismo social do modelo de vida hoje dominante, quanto no darwinismo natural consequente de uma pandemia não (adequadamente) tratada. É, isto, um paradigma que comporta muitas variantes, compatíveis tanto com a apologia da "liberdade selvagem" (Kant) do mercado global, como com a imposição de uma moralidade tradicional estreita, empoleirada na defesa de preconceitos escleróticos e crenças supersticiosas, assumida como fiadora da ordem natural (ou divina) do universo. É bom lembrar que o Estado "mínimo", aquele que "deixa a natureza fazer", aquele que não se preocupa com os problemas sociais ou tenta aplacá-los com movimentos demagógicos, quase sempre é também um Estado "forte", que se impõe com dureza e reprime o protesto. No século XVIII, os fisiocratas, proponentes do livre curso da lei da natureza, eram também os partidários do "despotismo esclarecido". Nosso tempo conheceu o advento do despotismo obtuso. Na América do Norte, parece que se quer abandoná-lo. Talvez. Em outro lugar, eu não sei. E de qualquer maneira, até a próxima vez.

# THE PANDEMIC AND THE MINORITIES

Roberta Bortone[1]

The pandemic that started in China and then spread around the world, starting with my country, has subverted some of the key points that governed our economies and the globalized system of capitalism.

It had been more than a century since the medical science was confronted with something completely unknown, with consequent difficulties in diagnosis and treatment, and the most disturbing aspect of this pandemic was precisely the inability of the scientific world to analyze and give unequivocal indications on how to first diagnose and then cure this new disease.

Confusing and contradictory indications came from China. At first, western governments underestimated the power of the virus, thinking that its spread would be limited to that faraway country, and scientists and the World Health Organization filled the mass media, in addition to scientific journals, with conflicting opinions that disoriented citizens.

At this point, the individual countries did not have an univocal reference and had to invent a way to combat the pandemic that would succeed in

[1] È stata (fino a ottobre 2012) professoressa di ruolo di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" ed avvocata iscritta all'Ordine degli avvocati di Roma – Elenco speciale dei professori universitari a tempo pieno. Collocatasi in pensione anticipata grazie a 43 anni di contributi, fino al 31 ottobre 2014 ha continuato comunque ad insegnare come docente a contratto di Diritto della Previdenza sociale presso lo stesso Dipartimento di Scienze Politiche. Ora è consulente legale presso lo Studio legale Leotta. Si è laureata in Giurisprudenza nel 1972 presso l'Università degli Studi di Bari discutendo una tesi in Diritto del lavoro con il Prof. Gino Giugni che da allora diventò il suo maestro e nella stessa università ha iniziato la sua carriera accademica, diventando prima borsista, poi contrattista ed infine ricercatrice confermata. Nel 1989, vincitrice del primo concorso libero nazionale a professore di seconda fascia, è stata chiamata a coprire l'insegnamento di Diritto del Lavoro presso la facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Macerata. In seguito, dopo un triennio trascorso come professoressa di Diritto del lavoro e legislazione sociale comparati nell'università di Bari, è approdata alla Sapienza nel 1995. Ha collaborato e collabora con enti pubblici e privati e con aziende in attività di formazione e di consulenza e dal 2006 al 2008 è stata consulente del Ministro del lavoro Cesare Damiano. Fa parte di comitati scientifici e di redazione di numerose riviste di rilievo nazionale ed internazionale. Ha al suo attivo numerose pubblicazioni italiane e straniere su differenti temi del mercato del lavoro, delle pari opportunità e delle relazioni sindacali.

combining two totally conflicting aspects: the safeguard of citizens' health and at the same time the salvation of the their economic and social structure.

As you know, Italy was the first country after China to face these problems, because for some strange twist of fate, at the end of January, Italy was the first country where the first case of Covid-Virus was diagnosed with certainty outside China and since then the dizzying increase in the number of sick people, the severity of the disease and the lack of knowledge of possible treatments have put government policy in crisis.

Precisely because Italy is the first western country where the Covid-Virus has massively manifested itself, before talking about the subject in general, I prefer to tell you what has happened here and what problems have emerged, and then take a look at what is happening in the world.

First of all it must be pointed out that Italy has an excellent Welfare system, even if this pandemic has made us understand that it can be improved.

Let's start with the healthcare system, based since1978 on the universalistic criterion according to the Beveridge model: access to treatment is free and guaranteed to everyone. System management is entrusted to the individual Regions based on the principles established by national laws. This system consists of a network of hospitals and care systems closer to people, with family doctors at the forefront as the first reference in the prevention and care system.

The entire health system has been put to the test, especially in areas where the virus has manifested itself with all its violence, both because of the virulence that affected a large section of the population and the lack of diagnostic chemical reagents, breathing machines and intensive care beds.

February and March were terrible months. The intensive care wards in the northern regions where the contagion had spread, were not able to take in all the people in need, the hospitals were not sufficient to meet the simultaneous demand of so many sick people and the number of deaths was suddenly so high that in some cities army trucks had to intervene to take the coffins away[2].

On top of this, there is the lack of adequate and sufficient means of protection that has made many doctors and healthcare workers fall ill and die[3].

Confronted with this frightening situation, as early as February, at a national level, a general closure was already being discussed, following the Chinese example of limitation of contagion, but at the same time the uncertainty among

[2] The deaths declared as directly caused by the Virus were 35.000, but you have to add to this number that of deaths due to Covid complications caused by previous illnesses or age, and that of deaths where the virus has not been diagnosed due to lack of diagnostic swabs: the deaths due to the pandemic in Italy are therefore estimated at several hundred thousands.

[3] 167 doctors died and the same number of nurses and support staff.

scientists and the silence of the Government allowed Milan, the real economic capital of Italy, to coin the slogan “Milan does not stop”, before discovering that this was the most affected region by the pandemic.

So the Government first began to close some areas of the territory, physically isolating them from neighbouring areas, and finally on March 6th - among many criticisms - approved a decree-law declaring a state of national emergency and opening the way to extraordinary and urgent measures to counter the COVID-19 epidemic. On March 8th a first decree of the Prime Minister ordered the lock-down of northern Italy, on March 9th a new decree extended the measures to the whole country and with a series of other measures the restrictions became stricter and the decrees more and more frequent, ending up providing information that created uncertainty for citizens. These were measures that also suppressed the individual freedoms that till now had only been taken in the areas of China where the virus had spread.

The decision was necessary but painful because it put the country in a situation never experienced before.

Everything came to a halt: schools, universities and public offices were closed as early as February, production activities suspended, travel prohibited, and leaving the house forbidden except for unavoidable needs. Also the justice system came to a halt: courts were closed and hearings were suspended, except for urgent matters that were remotely handled. The only activities allowed were those related to health care, food chain, telecommunications, water and energy distribution: in short, activities related to basic needs.

The consequences on the economic and social order have been terrible because our systems are now based on the ease of communication and transport of people and goods and on consumption: the large manufacturing companies, which in some cases already suffered from the non-arrival of components from China, halted and left workers at home. Furthermore, for small businesses - which in Italy represent the majority of the production sector - the lockdown has meant, in too many cases, definitive closure: I am referring to small craftsmen, traders, and activities connected to tourism and catering.

The State intervened at that time with extraordinary measures of income support for citizens to guarantee a vital minimum to those who lost their income from work (whether employed or self-employed) and promoted in various ways the Work from Home or Remote Work now enabled by technology (we use to call it smart working), starting from school and university, where e-learning has already become compulsory, just as it has become compulsory in all cases where the technology and the worker’s jobs allow it.

It was only at the end of April, when the situation of the sick and hospitalizations began to become sustainable for our healthcare network, that the Government gradually “reopened” Italy: the restrictions on individual

travel were gradually lifted, manufacturing companies were among the first to restart their activities and transport was reactivated with them. Step by step we return to a glimmer of normality, even in compliance with certain anti-Covid regulations, in particular the requirement of physical distance (1 meter between one person and another), the use of masks and frequent hand washing.

Few sectors are still blocked and here I am thinking of the continuing closure to the public of large events that could lead to large gatherings of people dangerous to contagion (rock concerts and football stadiums). But above all, what has not yet returned as before is the world of school and university, forced to operate remotely until it reopens this month. When schools reopen, public transport will begin again, at very concentrated times of the day, which will push people to crowd into trains and buses with great risks of contagion. However, it will be difficult to impose physical distancing on children and young people. In fact, emergency plans are being studied to be adopted should the contagions once again exceed the limit that puts the health system in crisis.

But what has been and what is the impact of all this on the social system in general and on minorities in particular?

The first "minority" affected by the pandemic was that of the old people. The CovidVirus is especially dangerous for the over-80s, whose health status is usually already compromised by age. And in fact, the number of deaths in this age group, in the areas most affected by the virus, has increased even 500 times compared to the same period in 2019, and the facilities for not self-sufficient old people have been real clusters of contagion.

Unfortunately, also with regard to other aspects and despite the excellent Welfare (health and economic) system I have mentioned, the data that emerge with reference to the effects of the measures adopted in Italy are worrying.

Certainly, the total closure adopted in March and its only progressive loosening, together with the improvement in diagnosis and treatment capacity, have made it possible to stem contagions and restore the situation to acceptable limits for the health system. However, all the measures taken have in fact produced not only a decrease in gross domestic product (an estimated 12% reduction), but also an increase in inequalities which has hit and is hitting the weaker sections of the population hard and which I will now highlight.

## 1.

I said that our Welfare system is very good because it guarantees free access to health care to all those who need it and that at the same time there are quite generalized instruments to combat poverty. However, this statement does not take into account those I define as "invisible": citizens far below the poverty line who lived on the margins of society already before the pandemic (homeless people for example) and especially irregular migrants.

As you know, Italy's position in the Mediterranean Sea makes it a landing point for many desperate people who try to escape by sea from wars and famines in the African continent by any means and at the risk of their lives. Many of them apply for asylum under international treaties and as asylum seekers they are registered and placed in reception facilities. Others are always identified and placed in reception facilities pending administrative decisions. In view of the large number of landings, these reception centers are not able to receive all the people they host in a dignified manner, thus forcing them to live in uncivilized conditions that are contrary to our constitutional principles. Many escape, ending up as slaves to unscrupulous entrepreneurs in the construction or agriculture sectors, or – worse – slaves of criminal organizations.

Among all these "invisible" people, the spread of the Virus is neither monitored nor stopped and the reception centers become a source of virus transmission due to the proximity of people.

For all of them, therefore, the pandemic is devastating: it pushes them more and more to flee the areas of Africa where not even primary care is insured and those who arrive in Italy (but also in Spain and the Greek islands, first of all Lesbos) find themselves having to deal with the situation I have described.

Italy has been asking Europe for a long time for a common strategy to face the great migration process that has been going on for decades now, underlining how the Italian coasts are for these desperate people only the first landing place waiting to reach other European destinations. However, only some European countries accept that only a part of those who obtain the recognition of "refugees" are relocated within their borders and therefore all the others ( we call them economic migrants and they are the majority) stay in Italy, feeding the political propaganda of the parties that base their electoral consensus on the fear of immigrants and racism in general.

**2.**

A second negative effect of the pandemic on inequalities is more worrying because it has to do with school and therefore with future generations. As I said, since February all lessons in attendance have been suspended and have been replaced by remote lessons on different computer platforms (Zoom, Google Classroom, etc.).

In general, this has led to a situation of isolation in the students and especially in primary school children which, in addition to the ban on leaving the house for a couple of months, has had consequences on their behavior and mood which will remain impressed on their memory for a long time. A live lesson can be replaced by an online lesson, but the personal relationship between teacher and student, the interrelationships that in reality are created between the class and the teacher and between the students in the class are not replaceable by technological means.

The most serious aspect of distance learning, however, has been the increase in inequalities due to various factors, first and foremost the economic one.

Distance learning presupposes: 1) the possession of a computer or a tablet and its individual availability (if there are several people in the family who need it at the same time, the computers or tablets must be one for each person); 2) a space where they can sit in peace and quiet to attend lessons; 3) a fast Internet connection.

These points mark a profound economic difference between the students and although some schools have provided the less well-off students with tablets, the different starting economic situation has played heavily in increasing the differences based on the income capacity of the families.

As far as the internet connection is concerned, then, the economic aspect linked to the impossibility for many families to pay any subscription to the internet is combined with a problem of geographical differentiation: in Italy the fast internet connection is not uniformly ensured throughout the territory and is concentrated first of all in the cities and especially in the North, which already creates a digital divide. In this panorama, students living in small villages or in areas not reached by fast connection systems have in fact been marginalized from distance learning.

However, I would like to add to these considerations another one based on my direct experience of the phenomenon as a grandmother of three school age grandchildren. Even in an optimal condition given by the possession of an individual computer, a suitably reserved space and a fast connection, the last difference is the presence in the house of adults equipped with adequate cultural tools to support study at home. Normally this presence already plays a role, but this is greatly amplified with distance learning.

**3.**

The last effect I will take into consideration is the one we talk about least and that is the far greater weight of the pandemic on women, starting with the often compulsory use of remote work.

In the Italian context, the sharing of roles within the family is a real mirage, and for women, working from home, in addition to the constant presence of children due to the closure of schools, has transformed the lives of many women into a dangerous cross between different activities, effectively increasing physical and mental fatigue, and creating pathogenic and unresolvable stress conditions.

There is also a further more sneaky and dramatic aspect: a strong increase in domestic violence against women and especially in unreported violence: the total closure has forced the woman and her persecutor within the same walls and has left the woman neither the possibility to escape nor the possibility to denounce to stop her persecutor.

It is no coincidence that the Police has activated an App that, through geolocation, allows women to ask for help without having to talk, and the use of this tool has been frequent, even if the news has not been adequately disseminated[4].

*

This has been the Italian scenario so far. But how have other countries reacted to the spread of the pandemic and which social groups have been most affected?

The virus has progressively spread throughout the world, although at different times and in different intensities. After Italy it was the turn of other European countries, where once again at the beginning it was underestimated to the point that Italy was almost mocked by some representatives of neighboring countries for having decided to close down all activities completely. However, with the spread of the virus, the other countries also had to reconsider by adopting measures similar to those in Italy, even with many differences, and above all by closing borders to avoid importing the contagions. Also the United Kingdom, which was more openly opposed to total closure, had to resort to restrictive measures, especially after its Prime Minister fell ill and ended up in an intensive care unit. Throughout Europe, however, both in the countries that are part of the European Union and those that are outside it, the Welfare systems are similar to ours and therefore I can with some peace of mind generalize what I said with reference to Italy.

Outside Europe there are very different worlds and we have so little knowledge that it would be a mistake to talk about them. I am thinking in particular of China and Russia which provide unverifiable information. The same is true for many other Middle Eastern countries.

As for others, I confess my personal ignorance. I follow Brazil, the swaggering and denialist attitude of Bolsonaro, the massacre of Indians that is taking place, the total abandonment of the poor sections of the population, but of course I am not here to talk to you about what is happening there.

I know a bit about what happens in the United States (and who doesn't?). President Trump, in order not to damage the national economy, seems to have decided to go towards what epidemiologists call "herd immunity" not through the use of vaccines hitherto unknown as is used in other epidemics,

[4] The survey carried out by the United Nations Women on the gender aspects of the pandemic is interesting and can be found on the web page https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-onwomen-en.pdf?la=en&vs=1406

but through the massive spread of the virus, which leads to the death of all people unable to heal due to individual fragility or inability to access treatment. And as you know, the healthcare system in the United States is private, based on the insurance system, and therefore it protects only the wealthiest part of the population.

Therefore, in the USA, despite economic interventions in favor of the unemployed, failure to take adequate measures to curb contagion in the name of protecting the economy is in fact compromising the health of many communities, especially the natives.

I honestly do not know the long-term effects of this pandemic, which will be defeated only with the discovery and massive spread of the vaccine, which will in any case involve the problem of the population groups to whom to distribute the first available doses and its eventual gratuity. We could move towards an overcoming of globalization and a greater attention to the environmental protection. Maybe in the end everything will go back to the way it was before. What is certain is that in the meantime the gap between social groups in the world, which has already widened in recent decades, will soon become unsustainable, to the advantage of the tiny wealthiest segment of the world's population, which represents a real and well-protected minority.

# (DES)GLOBALIZACIONES, PODER CONSTITUYENTE POPULAR Y ALTERIDAD RADICAL. ENTRE RECONOCIMIENTO Y DESPRECIO

Alejandro Medici[1]

## INTRODUCCIÓN

La globalización sigue siendo un horizonte de preocupación y reflexión. Es un proceso complejo, que articula a la espacialidad mundial la posibilidad de usar diversos recortes temporales. Puede ser vista desde una perspectiva situada en el Norte o en el Sur. Debemos aclarar entonces que, en nuestra perspectiva ella tiene notorios sesgos de continuidad del logos "nortecéntrico" colonial, actualizando en la práctica la selectividad, la teleología finalista y centralista de las narrativas que le imputan a la historia una "astucia" direccionadora, por lo tanto, un fin y un centro. Centro de un espacio mundial de relaciones y final, punto más avanzado, desde donde se presume un mirar "más elevado", "más adelantado", sobre el resto del mundo.

Por nuestra parte, enunciamos desde nuestra situación, como crítica a esa pretensión globalizadora y universalista. El pensamiento situado, desde nuestro cuadrante en Sur global, es para nosotros el presupuesto necesario de apertura al mundo y a la interculturalidad.

Sentimos entonces, dados los dramáticos tiempos que experimentamos, que ya lo eran, pero se han magnificado a raíz de la crisis pandémica que atravesamos que se vino a superponer con la crisis ecológica, social, económica, la necesidad de rediscutir desde ahí las categorías críticas, aceptando el convite generoso de David Sánchez Rubio.

---

[1] Catedrático de Derecho Político de la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor Titular de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata y Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Especialista Universitario en Investigación Social Participativa de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Máster en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica por la Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, España.

No son cuestiones menores lo instituyente, el poder constituyente, la suerte de la democracia, las soberanías populares, los derechos humanos mediados por ciudadanías. Resultan categorías demandantes, máxime si nos autoexigimos tratar de aprenderlos desde la comprensión contextual, crítica e intercultural; desde test de alteridad radical.

Los problemas de alteridad, pluralismo e interculturalidad son tan antiguos como la humanidad. Sucede que han sido resueltos desde el cierre, el solipsismo, lo que en el plano práctico pasa por diversas formas de inferiorización, instrumentalización, negación de las alteridades. Ahora estos problemas se enuncian desde el "reconocimiento". Una hipótesis central vertebradora de todo este texto, es que el problema del desprecio/reconocimiento fue planteado por primera vez en la modernidad por el pensamiento latinoamericano, por Bartolomé de Las Casas antes que Hegel, y por la Filosofía de la liberación, especialmente en su vertiente "analéctica", antes que Honneth.

Pero desenvolver este problema filosófico requiere una genealogía que lo liga a las ideas de "fenomenología del espíritu" y su hermana gemela, la "filosofía de la historia", que arrastran problemáticos supuestos antropogénicos, una geopolítica del conocimiento y una colonialidad del saber, que no podemos obviar cuando hacemos una lectura culturalmente situada del tema.

Creemos que aunque enunciadas filosóficamente para reflexionar en el momento culminante de la "modernidad madura" del sistema mundo moderno/colonial del capitalismo histórico, esas ideas siguen presentes en diversas maneras, como supuestos básicos subyacentes que reaparecen en las ideologías "globalistas" que podemos considerar como el "Espíritu" neoliberal capitalista, machista, racista, aporofóbico de la globalización "realmente existente", según feliz y acertadamente sostiene el filósofo cubano Raúl Fornet Betancourt.

La dominación moderna/colonial, desde la formación del sistema mundo del capitalismo histórico es la más extensa, duradera y arraigada. Nuestro contexto para pensar el problema y sus alternativas a través de los significantes que han sido acuñados desde el Sur global como *locus enuntiationis*, no son otros que "liberación" e "interculturalidad".

En ese camino nos proponemos aquí empezar a saldar una deuda: a recuperar categorías de la filosofía de la liberación, en concreto, la que se empezó a practicar en Argentina hace ya medio siglo y sus aportes para abrir el problema de la interculturalidad y desde ahí otra forma de comprender el problema del desprecio/reconocimiento. Creemos también posible buscar una necesaria fundamentación diversa de problemas de teoría del derecho y fundamentalmente de teoría constitucional desde allí.

Fundamentalmente nos proponemos pensar el campo semántico que rodea y da sentido a términos como poder constituyente, pueblo, constitución,

soberanía, derechos humanos en tanto se ligan a la esperanza de poder referir a experiencias diversas de dignidad humana como vínculos existentes y procesos de lucha.

En ese sentido, el contexto adverso global y regional para lo que ha dado en llamarse, desde los primeros años del siglo que transcurre como "constitucionalismo transformador", desde los procesos constituyentes de Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador y las discusiones de teoría constitucional que abrieron, nos desplaza en la actualidad hacia un diagnóstico renovado de la negación colonial de los pueblos y de la apropiación de su poder constituyente que no es más que la apropiación elitista de la función constituyente.

Desde estas intencionalidades, empezamos un trabajo, que apenas esbozaremos en el espacio de este texto introductorio:

En la primera parte trazaremos una genealogía de los problemas asociados a la noción de "reconocimiento" y "desprecio" desde la filosofía hegeliana, mostrando que la tarea de separar esas nociones de una "filosofía de la historia" con pretensiones universalistas no es tan sencilla, por lo que, aún en sus versiones mejor intencionadas, como por ej. la de Axel Honneth, existen todavía lastres "Nortecéntricos" que son problemáticos desde el Sur global y específicamente desde América Latina. Más aún mostraremos otra versión, la que en su momento propuso Francis Fukuyama acerca del "Fin de la Historia" para ejemplificar como en las ideologías globalistas permanecen más o menos explícitos esos supuestos cooriginarios de la historia finalista y las formas del reconocimiento. Criticaremos la senda hegeliana de esta "dinámica del reconomiento", con Raúl Fornet Betancourt, desde la perspectiva situada e intercultural, para ello recuperaremos pensamientos críticos del grupo argentino de la Filosofía de la Liberación, de Casalla, Cullen, Scannone, Guillot y algo de Roig en la lectura de Yamandú Acosta, que resultan categorías desde donde afirmarnos en situación y asomarnos al necesario "giro intercultural" para pensar estos problemas (1).

En la segunda parte volveremos sobre los procesos de "globalización" enfocados críticamente, de nuevo, desde la perspectiva de Raúl Fornet Betancourt, para interrogarnos con el sobre la "Fenomenología del Espíritu" de la globalización y la alternativa que supone la filosofía contextual e intercultural (2).

En la tercera parte trabajaremos desde nuestra percepción de la historia constitucional y la actualidad de Nuestra América el concepto de poder constituyente desde los pueblos y las formaciones de alteridad en clave intercultural. En ese empeño distinguiremos que entendemos por la dimensión instituida/instituyente, y diferenciaremos el poder constituyente material, del jurídico-formal, vincularemos las distinciones con la crisis ecológica y la necesidad de un reconocimiento de las alteridades más radicales. (3)

## I PARTE: GENEALOGÍAS DEL DESPRECIO Y SU "ESPÍRITU".

### Estructura del Reconocimiento y Derecho.

El derecho, es una mediación social para proyectos históricos y políticos: lo que el derecho dice, qué se debe o no se debe, qué se puede o no se puede, lo que habilita y prohíbe, es decir, su validez sustancial, está inevitablemente ligada a los contextos culturales, históricos y sociales. Las plurales formas que el derecho adopta son juegos de lenguajes de efectos performativos: regulan ámbitos relevantes de la convivencia social, se caracterizan por órganos de aplicación diferenciados y, generalmente, por el respaldo, al menos en última instancia, de capacidades de sanción, coacción e incluso de violencia.

Pero sus contenidos sustanciales son relativamente indeterminados. ¿Porqué? Porque dependen de unas estructuras de reconocimiento que se objetivan en la forma de ordenes jurídicos variados, geográfica, culturalmente y que son siempre relativamente contingentes, según diversos cronotopos.

Los derechos, aquí entendidos como órdenes objetivos, no como derechos subjetivos, en su pluralismo, se referencian en una diversidad de comunidades nómicas y se enraízan en múltiples narrativas, procesos de identificación, que se comprenden en variadas trayectorias históricas, que, además, son abiertas, impuras, dinámicas, contradictorias.

La pretensión del monismo jurídico es una intentona siempre relativamente ineficaz, de clausurar toda esa riqueza del derecho robándosela a la diversidad y complejidad social que marca el dato fáctico del pluralismo jurídico.

### Reconocimiento y derecho en la filosofía de Hegel

Es el joven Hegel, en sus escritos del período de Jena, quien vincula el derecho con la estructura del reconocimiento. Narra en "Filosofía Real"[2], y en su obra más conocida de ese momento, "La Fenomenología del Espíritu"[3], entre otras, las figuras de la "antropogénesis". La formación del Sujeto autoconsciente, que se ubica en la teleología hegeliana en el fin y centro de la historia del *logos*. Lo interesante de todo ese planteo de Hegel es que, por primera vez supera por la mediación del deseo de reconocimiento al esquema "hobbesiano" y después del individualismo propietario, de la autoafirmación frente a los objetos deseados y los sujetos rivales, sin mediación deseante intersubjetiva, o al menos, sin una reflexión explícita sobre ella.

[2] Hegel, George W.F. Filosofía real. Edición de Jose Ma. Ripalda. FCE-UNED. México. 2006.

[3] Hegel, George W.F. Fenomenología del Espíritu. Traducción de Wenceslao Roces y Ricardo Guerra. FCE. México. 2007.

Esto tendrá consecuencias en la autocomprensión social de ámbitos de relaciones relevantes para los procesos antropogénicos. El poder, en sus diversas variantes, ya no puede entenderse como una relación directa entre los humanos y los objetos de su deseo, sino que es mediación, supone una estructura de reconocimiento en las alteridades. El amor, en un sentido general, incluyendo no sólo la dimensión sexual, sino afectiva, e incluso la amistad en general, es deseo y necesidad del reconocimiento por parte del grupo familiar, de la pareja sexual y/o amorosa, de las amistades. El derecho, es objetivación e institucionalización de relaciones de reconocimiento, que se coagulan al cabo de una historia de luchas, donde el animal humano se distingue y destaca por poner en juego su vida o subordinarse a un *dominus* para sobrevivir, que Hegel planteará en sus célebres figuras del amo y el esclavo, y en menor medida, del poseedor excluyente y el desposeído excluido en la relación con la tierra.

Queda abierto el tema de una experiencia de reconocimiento superior de pertenencia/don en que la realización personal es coextensiva con la justicia y la felicidad en el grupo social. Por lo que este problema le vino a poner nuevos nombres y a reflejar un problema filosófico tan antiguo como la humanidad.

Hegel critica, "supera" al contractualismo con sus abstracciones racionales, ficciones como ideales regulativos que, en realidad, vistos en esta nueva perspectiva, narran y justifican formas históricas del reconocimiento a través de la metáfora del pacto social, que sería como una salida o una tregua para la conciencia infeliz, angustiada por las luchas por reconocimiento, donde en las figuras extremas narradas por Hegel, se entra en una lucha a muerte.

Cuando pasa de la dimensión amorosa o erótica en un sentido amplio, al reconocimiento mediado por la objetivación jurídica, Hegel produce dos operaciones: el derecho, objetiva limitando el conflicto social por medio del contrato, la propiedad, las dimensiones jurídicas de lo que en la Filosofía del Derecho[4] llamará la "sociedad civil", pero es un reconocimiento donde la relación ego-alter, no pierde su instrumentalidad. La seguridad jurídica, aunque sea por una igualdad solo formal normativa, supera la conciencia desdichada de la lucha a muerte por el reconocimiento.

El derecho sublima el deseo que es siempre mediado por el deseo del otro y lo que desea, como explicaría Kojeve en su célebre curso sobre la dialéctica del amo y el esclavo[5], que tanta influencia ejercería sobre la filosofía francesa contemporánea.

---

[4] Hegel, Guillermo Federico. Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de ciencia natural y ciencia del estado. Trad. Eduardo Vásquez. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.

[5] Kojeve, Alexander. Dialéctica del amo y del esclavo en Hegel. Trad. De Juan José Sebreli. Leviatan. Buenos Aires. 2006.

Claro, esta idea del reconocimiento encuentra algunas formulaciones que sirven de antecedentes, pero que están desprovistas de la dimensión angustiante en que se juega la vida, y por lo tanto, no tienen la dimensión de la dialéctica desprecio/reconocimiento: por hacer una enumeración no exhaustiva: Spinoza y la idea de la composición de la *potentia*, Kant y el imperativo categórico del reconocimiento de las personas siempre como fin en sí y nunca como medio, pero con las limitaciones que supone (y que vienen a la postre a desmentir o a contradecir el reconocimiento) como forma moral universal de la razón solipsista del sujeto. Si la razón es solipsista entonces el reconocimiento es sólo entre sujetos homogéneos portadores de la misma estructura mental. De ahí un subtexto implícito que vuelve a afirmar el sujeto moderno eurocéntrico.

El proceso de reconocimiento /desconocimiento tiene que ver con el deseo humano, con los procesos de antropogénesis que no se reducen a su dimensión solipsista. Ya no puede limitarse como en el esquema del joven Hegel al amor, el derecho y la solidaridad. Tampoco terminan en el estado cristiano -germánico como "universal concreto", "espíritu del mundo" y fin de la historia. Ni son expresión del desarrollo de un *logos*.

## La narrativa de la historia universal y el fundamento en la fenomenología de las formas de desprecio/reconocimiento.

En 1989, Francis Fukuyama, asesor del Departamento de Estado de los Estados Unidos durante las gestiones de Reagan y Bush, miembro de la Fundación Rand, tanque de pensamiento conservador, recupera esta dimensión de la filosofía hegeliana en su texto "El fin de la historia", publicado en la revista *"The National Interest"*[6], donde vuelve a articular la fenomenología del reconocimiento, aspecto menos conocido de su texto, con la filosofía de la historia de Hegel. Pero en Fukuyama la lucha por el reconocimiento está muy lejos de abrir alguna posibilidad de alteridad radical y la celebración de la diversidad y el pluralismo como preludio al diálogo intercultural, sino que se reduce a la única forma política que, en su perspectiva, puede superar la lucha por el reconocimiento, la democracia representativa liberal. El reconocimiento cae en el embudo liberal-capitalista como única posibilidad histórica, final, de superar la existencia deseante y angustiada por la obtención de reconocimiento. Fukuyama, que escribe un par de años antes de la caída del Muro de Berlín y la implosión de la Unión Soviética, ubica su relato con pretensión de historia universal señalando la entrada en la "posthistoria", en el sentido que ya no existirían alternativas a la democracia representativa liberal y al capitalismo de libre mercado.

[6] Fukuyama, Francis. El fin de la historia. En: *The National Interest*. Washington D.C. Verano de 1988.

Tuvo entonces su momento de gloria, con el posterior colapso final del bloque soviético, y la publicación de un libro "El fin de la historia y el último hombre"[7], hizo su aporte a la ideología globalista. Redujo las formas del reconocimiento a la democracia liberal, clasificó a las naciones en "Históricas" y "Post-históricas" y en una era que pretendía ser unipolar bajo la hegemonía de los Estados Unidos de Norteamérica, puso una versión "políticamente correcta" y que recuperaba la idea de sentido o astucia de la razón en la historia, presentando todos estos procesos como necesarios. Comparada con las nuevas derechas operantes en la actualidad en Europa, Estados Unidos y América Latina, su obra bien puede ser adjetivada como un globalismo ideológico correcto políticamente.

Hoy, sus obras de entonces parecen un poco *"naive"* han sido desmentidas por procesos posteriores: la aparición de una visiones críticas de la "globalización", de tendencias al multilateralismo que cuestionan la hegemonía de Estados Unidos, de resistencias desde modelos de estados de compromiso social más o menos radicales en América Latina en la primera década del actual siglo, por una formas de economías de mercado que tienen más afinidad estructural con el socialismo burocrático que con la democracia liberal, como el socialismo de mercado chino, y por la emergencia de una nueva derecha en Europa, Estados Unidos y en América Latina (por ej. en Brasil, pero en expansión regional), xenófoba, racista, misógena, homofóbica, aporofóbica, que expresa un desprecio por las instituciones de la democracia liberal, que ya no tolera varios de los derechos humanos enumerados en instrumentos internacionales y constituciones, y que hace "poner colorada" a la corrección política. Sólo por un rato, hasta que la nueva derecha, sus líderes resultan necesarios/as para tomar el poder con legitimación electoral. Y eso porque estas nuevas derechas emergentes mantienen un discurso elitista meritocrático de corte neoliberal.

Un avance parcial, por el lado de la teoría crítica europea, en la recuperación comprensiva de la estructura de reconocimiento, podemos encontrarla en la obra de Axel Honneth[8], en tanto aporte principal de la Escuela de Frankfurt en su llamada "tercera generación". La dinámica reconocimiento/desprecio sistematizada por Honneth, no obstante, tiene puntos ciegos y sigue siendo parte de una narrativa "nortecéntrica". Un inicio prometedor, que, no obstante, en su última obra, "El derecho de la libertad"[9], pone mucho más énfasis en las objetivaciones institucionalizadas en forma de las estructuras

[7] Fukuyama, Francis. El fin de la historia y el último hombre. Planeta-agostini. Barcelona. 1994.

[8] Honneth, Axel. La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales. Crítica. Barcelona. 1997.

[9] Honneth, Axel. El derecho de la libertad. Katz. Buenos Aires. 2014.

del demoliberalismo eurocéntrico, que en las luchas por el reconocimiento y las estructuras de dominación y desprecio. Institucionalidad tratada, eso sí, reconstructivamente en forma progresista, confrontando sus potenciales normativos y sus desempeños y logros históricos más limitados.

Para realizar esta operación, Honneth debe divorciarse de la teleología histórica, que justifica las formas históricas de desprecio, de la guerra, del colonialismo, en función del resultado final de una razón realizada, cambiándola por un progresismo u optimismo histórico que, sobre todo en el contexto de la sociedad europea moderna y contemporánea, ve un proceso abierto de avance de las luchas y objetivaciones del reconocimiento. El intento tiene el valor de proponer una comprensión de la gramática moral de los conflictos sociales superadora de la lucha por la existencia desde la autoafirmación solipsista. Para ello reconstruye, desde los escritos de Jena, un Hegel "casi materialista" y vincula las dimensiones del reconocimiento a nivel social con la autovaloración psicológica de las personas. En efecto las formas del menosprecio producen un deterioro de la vida psíquica del individuo afectando su relación práctica consigo mismo (autoconfianza, autorrespeto, autoestima) y su capacidad de desarrollar relaciones que contribuyan a la vida comunitaria.

Será necesario, desde "el reconocimiento del reconocimiento", valga la redundancia, ir más allá, completando y criticando esta noción desde un pensamiento situado en el contexto latinoamericano en la actual fase del sistema mundo moderno/colonial del capitalismo histórico para repensarla desde un horizonte trascendente históricamente (es decir, pensar en su superación desde múltiples potenciales existentes pero que están detenidos o soterrados), desde la interculturalidad pensada como potencial, como pensamiento, actitudes, aptitudes de destotalización, como alternativas a la Totalidad.

En cambio, Honneth permanece en el horizonte del sujeto europeo occidental, autónomo y constructor de individualidad y ciudadanía, de dinámicas jurídicas que organizan y regulan sus relaciones y derechos. Desconoce sujetos modernizados, globalizados, incluidos en el mejor de los casos, aunque sea con buenas intenciones emancipatorias en un discurso eurocentrado que es, para ellos, ajeno, heterónomo, no propio y que toma, por ej. en el plano del derecho en el constitucionalismo latinoamericano, la forma de reconocimientos patológicos, o reconocimientos que igualan homogeneizando, que afirman derechos individuales negando otras pretensiones que merecen ser derechos colectivos, de autoidentificación cultural. Y eso en el mejor de los casos, dado que frecuentemente el plano del deber ser constitucional oculta las dimensiones letales, las matanzas, los genocidios y los epistemicidios propios de las relaciones de colonialismo interno realmente existentes, en la formación de los estados latinoamericanos.

Todo este preámbulo lo desarrollamos para pasar a lo que nos interesa centralmente plantear: que la cuestión del reconocimiento frente al

desprecio, al retaceo de humanidad, fue planteada críticamente por la filosofía latinoamericana desde el primer debate filosófico de la modernidad/colonialidad antes que Hegel y más contemporáneamente por la filosofía de la liberación, especialmente en sus variantes "analécticas", o "ana-dia-lécticas", antes que Honneth. En una matriz social racista, patriarcal, clasista, profundamente desigual de colonialidad del poder, del saber, del ser, es decir, marcada por una estructura de desprecio y retaceo de humanidad, el problema de la alteridad y el reconocimiento estuvieron siempre a la orden del día, desde 1492.

El "reconocimiento del reconocimiento" se planteó como una necesidad desde los primeros discursos críticos de la modernidad temprana iniciada con la expansión europea en lo que hoy llamamos América como dinámica de retaceo de dignidad y negación genocida, epistemicida de las alteridades que poblaban entonces esta región. Fue la forma original de emergencia de la subjetividad europea, de afirmación de su ego, de expresión de su "deseo del deseo" de la alteridad. De la salida de sí, de su autoafirmación como *"ego conqueror"*, voluntad de poder, mediada por el reconocimiento en sus versiones más patológicas y avaras de dignidad humana[10].

En muchos cuadrantes de Nuestra América, los pueblos originarios de lo que hoy es Haití/República Dominicana, del Valle de México, o de los Andes, recibieron a los recién llegados con un reconocimiento amplio y generoso, dispuestos a compartir sus alimentos, habitación y riquezas, pensando o dudando sobre el carácter trascendente (en sus cosmovisiones) de esta alteridad recién llegada. Esta fue la primera forma de reconocimiento y respuesta a la alteridad en el encuentro entre europeos y americanos. La hospitalidad y el don frente a la alteridad radical.

Pero en los arribados rápidamente el deseo mediado por la búsqueda del reconocimiento viró a la codicia de los metales preciosos, del poder, expresado en la violencia directa de una guerra de conquista, la evangelización compulsiva, la dominación sexual violenta sobre las mujeres nativas, instaló la dialéctica de señorío y servidumbre, que desde ahí la filosofía iría justificando explícita o implícitamente, hasta la Fenomenología del Espíritu y la Filosofía de la Historia hegelianas, que pone estos episodios de dominación, crueldad y sometimiento, como parte del itinerario necesario del "Espíritu", en su devenir real y consciente de sí mismo y para sí mismo, que se plasmaría como "espíritu del mundo" en el centro y fin de la historia, en la Europa del Norte, germánica y protestante, todo esto "revelado" por el que se consideraba a sí mismo como el último filósofo de la modernidad/colonialidad.

[10] Dussel, Enrique. 1492. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad. Docencia. Buenos Aires. 2012.

Muchas interpretaciones son posibles de la dialéctica hegeliana, pero, desde nuestro lugar de enunciación, nos interesa resaltar que la teleología de la narración del devenir del espíritu en la historia que avanza por el lado malo, funge, en el caso de todos los pueblos y culturas superados por el *"weltgeist"* como desprecio, retaceo de dignidad y de destino propio, como el lado triste y sufriente en estructuras de desprecio/reconocimiento.

En la Filosofía de la Historia y en la Filosofía del Derecho, produce la realización del Espíritu y el cierre de la Totalidad, dejando en el camino, como un ángel exterminador, toda la complejidad y pluralidad del mundo, que, no son "superados y recuperados en una síntesis superior" sino negados, destruidos, silenciados. Integran una dimensión ausente, no pensable, no subsumible desde la lógica recursiva de la Totalidad, de "no ser", de Exterioridad, de alteridad intrascendente.

Como lo ha explicado Alcira Argumedo, "las apropiaciones "tercermundistas" de la figura del "esclavo", al situar la figura del esclavo con las clases populares de América Latina se hace evidente la presencia de la doble conflictualidad, de un doble acoso: la expoliación social y la subordinación cultural"[11]. De ahí que, como ha expresado Gunnar Olson "la historia propiamente humana debía ser contemplada por ese lado oscuro que hasta ahora ha permanecido en penumbras, y ver la historia desde los colonizados"[12].

## Crítica de la filosofía de la historia de Hegel desde la exterioridad y la alteridad. La dinámica contradictoria del reconocimiento.

Proponemos como alternativa a la globalización y sus ideologías, que son el mapeo del mundo desde la versión actual de la colonialidad del sistema mundial, otras formas de comprender el reconocimiento, desde la contextualidad liberadora de los pueblos, y la simultánea construcción de interculturalidad como alternativa[13].

Para ello partimos del diálogo con las ideas expresadas por el filósofo cubano Raúl Fornet Betancourt en su conferencia inaugural de la Cátedra Bartolomé de Las Casas de la Universidad de Temuco[14]. Existen complejidades

[11] Argumedo, Alcira. Los silencios y las voces en América Latina. Colihue. Buenos Aires. 1993. P.138.

[12] Olson, Gunnar. Curso de Historia Social General. Cátedras Nacionales. . Clase nro. 6. Octubre de 1972. P.10. Apud Wainstock, Carla, Hegel en América Latina. Original s/f.

[13] Bonilla, Alcira. Lectura intercultural de algunas patologías del reconocimiento en América Latina. En: Sauerwald, Gregor y Salas Astrain, Ricardo. Perspectivas y problemas. La cuestión del reconocimiento en la filosofía política-social de Axel Honneth. P. 81

[14] Fornet Betancourt, Raúl. La filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento. Universidad Católica de Temuco. Temuco. 2009. P. 10.

y contradicciones entre los planos prácticos y teóricos del reconocimiento: verbigracia las políticas oficiales dependiendo de los contextos del Norte o del Sur más o menos "políticamente correctas" según estándares constitucionales y de derechos humanos, las prácticas reales de las instituciones ya que el "reconocimiento" estatal de los pueblos originarios, de los migrantes, de las mujeres y de los pueblos minorizados siempre tiene un grado de ambigüedad, un grado de ineficacia, respecto a las expectativas institucionalizados en derecho. Y una brecha entre estas prácticas y el sentido común cotidiano prejuicioso, inercialmente presente en los marcos de relaciones, a veces intencionalmente promovido por las "nuevas derechas" emergentes en Europa y América, que desmiente incluso las teorías y normas multiculturalistas liberales.

Por eso hacemos nuestra la idea de una "dinámica del reconocimiento", más que de reconocimiento a secas, máxime cuando la misma se produce en contextos conflictivos "tanto por la historia de la cuestión del reconocimiento como por el presente de lucha de pueblos enteros que hacen ver que hablar de reconocimiento significa, ayer como hoy, hablar del escándalo de la división social, política, religiosa, ¡humana!, etc., que hace desiguales a los que son iguales al hacer que unos seres humanos valgan y cuentan más que otros"[15].

Por lo tanto, debemos comprender esta dinámica como problemas de desprecio, de desigualdades y de injusticia. El problema se prolonga hasta la actualidad, nos dice el cubano, porque el reconocimiento ha sido insuficiente para curar la patología de aquellos que se creen superiores y con derecho a regatearle a otros su dignidad humana. Fornet se pregunta, frente a la ideología que confunde reconocimiento con contrato, al ocultamiento resultante de las asimetrías de poder y a los propios supuestos antropológicos que arrastra, si el reconocimiento no es parte del problema. Esta interrogación es muy pertinente para nuestro marco que parte de constatar las dinámicas del desprecio en el escenario de lo que ha sido denominado "globalización".

Y Fornet Betancourt nos provee de un elemento clave para la argumentación que pretendemos desarrollar, a la hora de valorar el aporte de la teoría del reconocimiento. No podemos, si queremos dialogar con ella desde el Sur y desde América Latina, es decir, haciendo lo que Mario Casalla denominaría una "lectura culturalmente situada" de la misma, obviar la genealogía crítica que liga la categoría del reconocimiento con la filosofía de la historia de Hegel.

Porque si como marco de un pensamiento constitucional crítico e intercultural queremos oponer a la globalización realmente existente la interculturalidad como potencia alternativa, constituyente, no podemos obviar ese problema congénito, y eso aunque veamos con simpatía los esfuerzos de

[15] Fornet Betancourt, Raúl. Ibidem. P. 11.

Axel Honneth por desprenderse de esos aspectos congénitos de geopolítica del conocimiento y colonialidad del saber, a la hora de pensar las dinámicas del reconocimiento.

En esa línea, Fornet continúa interrogándose sobre que resulta tan novedoso y "espectacular" en la "teoría del reconocimiento" y responde historizando, diríamos "ellacurianamente", la categoría para constatar que "somos parte de una historia (de inhumanidad) en la que ese escándalo no se narra como un episodio "accidental", efímero, "anormal", sino como referencia fundamental para decidir la normalidad y la normatividad en lo humano, lo que nos hace ver las exigencias del reconocimiento como un "avance espectacular". Espectacular es, o debería ser, la patología de una historia cultural y social que ha normalizado teorías y prácticas de negación y de opresión del otro"[16].

## Aportes de la filosofía de la liberación argentina para abrir el problema de la interculturalidad desde el pensamiento situado, las experiencias de los pueblos y la alteridad.

Es por lo tanto desde la contextualización histórica que debemos ponderar los alcances y límites de la teorización sobre el reconocimiento en un contexto de globalización de las injusticias y las asimetrías que se comunican y se visualizan más fluidamente que en los inicios del sistema mundo moderno colonial del capitalismo histórico. Como partimos de la "transontología" de plurales mundos y de distintos pueblos, grupos, movimientos y personas, todos ellos sobredeterminados por la fase actual de la modernidad/ colonialidad mundial y sistemática, que a los efectos de este trabajo llamamos Totalidad o a veces para simplificar "globalización", necesitamos una genealogía mínima que abre las alternativas y las alteridades desde la crítica del "desperdicio de las experiencias"[17], desde la certeza de que lo universal no es tal sino referencia y reconoce esas experiencias, mundos y pueblos. Por eso, empezaremos referenciando algunas propuestas desde la Filosofía de la Liberación en su vertiente argentina, próxima a cumplir el medio siglo de existencia, que entendemos fueron planteando y abriendo estas cuestiones poniendo puentes para lo que, más adelante, consideraremos como la posibilidad de filosofía liberadora contextual y sobre todo intercultural como alternativa a la globalización.

En ese sentido, y también para cubrir la deuda del pensamiento crítico latinoamericano con esta vertiente de la filosofía de la liberación en su riqueza

[16] Fornet Betancourt, Raúl. Ibid. p. 14.

[17] Santos, Boaventura de Sousa. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Desclee de Brouwer. Bilbao. 2003.

de aportes, consideraremos, sólo en una primera aproximación muy sintética que requerirá mayores investigaciones futuras: las propuestas de Mario Casalla desde su crítica de la filosofía de la historia de Hegel y su categoría de "universal situado"; veremos el proceso desde el reverso de todos los pueblos y culturas expulsados de la historia para pensarnos como latinoamericanos junto al jurista Eugenio Raúl Zaffaroni; con Yamandú Acosta recuperamos la categoría de a priori antropológico de Roig y su centralidad para pensar un "nosotros nuestramericano" que, como primer forma de reconocimiento se autovalorice frente a las dinámicas del desprecio colonial; criticaremos la Fenomenología del Espíritu desde la idea de "fenomenología de la sabiduría popular" de Carlos Cullen; y, finalmente, la recepción crítica de la categoría de Alteridad de la filosofía levinasiana por parte de Dussel, Scannone, Guillot.

Aunque no lo enuncien explícitamente, al conectar genéticamente los problemas del reconocimiento con la filosofía de la historia hegeliana, la télesis histórica justificadora de los colonialismos, genocidios, epistemicidios y matanzas para criticarla desde las alteridades negadas, estos aportes y categorías, a los que debemos estudios más profundos, son un insumo fundamental para una filosofía constitucional critica e intercultural desde donde ponderar el papel de la alteridad en el poder constituyente de los pueblos.

## La crítica de la filosofía de la historia de Hegel. El universal situado.

Mario Casalla, en su texto "Exposición y crítica de la Filosofía de la Historia: presentación y crítica"[18], adopta en la segunda parte del texto, luego de desarrollar los aspectos principales de esta obra de Hegel, una mirada crítica situada desde América Latina, que sintetizamos aquí a través de algunos postulados:

1-El destino de América en el despliegue del "ardid" de la razón en la historia. "El resultado saltará a la vista: América será estudiada en la "geografía" y reducida a lo menos sustancial del "mundo espiritual" (el pasado o el futuro). Como pasado es "prehistoria" del espíritu absoluto y, como futuro, queda fuera del estudio del filósofo, pues a éste "no le interesa hacer profecías"[19].

2-La sumisión de la naturaleza en el "espíritu racionalizado". "Esto también es peligroso pues, si bien es cierto que busca superar la idea de la Naturaleza como pura alteridad objetiva, recae en otro prejuicio: la disolución de

[18] Casalla, Mario. La filosofía hegeliana de la historia. Presentación y crítica. En: Revista Latinoamericana de Filosofía y Ciencias Sociales. Nro. 5/6. Buenos Aires.Enero/Diciembre 1977. P.156.

[19] Casalla, Mario. Ibidem.

lo natural en lo racional. Y ello presenta varios inconvenientes: "… a) suprime la alteridad positiva y fecunda de la Naturaleza (lo "otro" de lo humano; amén de lo "divino") y b) abre las vías a la consideración del mundo natural como un mero depósito de "materias primas" a disposición de la "voluntad de poder" indiscriminada del hombre. Fenómeno este último, que la civilización técnica e imperial-planetaria lleva, en nuestros días, al punto del desastre ecológico."[20].

Este aserto premonitorio, realizado en 1977, hoy se ha confirmado plenamente en los peores sentidos posibles. Por nuestra parte, propusimos una "Ecológica de Liberación"[21], que, coincidiendo con esta idea expresada tempranamente por Mario Casalla, de "alteridad positiva y fecunda" amplía su carácter interpelante de nuestra responsabilidad a los vivientes no humanos, que consideramos parte de una comunidad moral ampliada, y a los ciclos y ecosistemas de nuestra Madre Tierra. Sobre este punto central volveremos más adelante, para considerarlo en relación con la discusión que propone David Sánchez Rubio en torno a lo "instituyente" y lo "constituyente".

3-La "razón espiritualizada" como "patrón universal" del proceso histórico. Hegel, utiliza la razón de su tiempo, dice Casalla, como arma. Primero la presenta como universal y necesaria, cuando es una particularidad. Esta conversión le permite considerar como contingentes, particulares, y por lo tanto prescindibles, en el mejor de los casos, superables en una síntesis que conserve algunos aspectos, a todas las culturas y pueblos que van siendo dejados atrás. "Utilizando la Razón de su tiempo, que a pesar de los intentos hegelianos es siempre un "particular", Hegel se arma de una lanza formidable con la que ejerce el juicio histórico. Pueblos enteros y magníficas civilizaciones (el Oriente, por ejemplo) quedarán fuera de "la vida del espíritu" por la sola razón de no coincidir con lo que debe entenderse -según él- por espíritu o Razón"[22].

Esta contraposición entre un "universal abstracto", "imperial", "opresor" (que, no obstante, Hegel adjetivaba como "concreto"), frente a uno "situado", es central. El "universal situado" y sus derivaciones metodológicas en la idea de "lectura culturalmente situada", serán referencias fundamentales para la "filosofía de la liberación", al menos en su vertiente rioplatense, y abrirán camino para perspectivas de pensamiento contextual y filosofía intercultural[23].

El "universal abstracto", es "el resultado de la proyección de un individual improvisado y autoerigido en universal mediante cualquier artilugio

[20] Casalla, Mario. Ibid. p. 156/157.

[21] Medici, Alejandro. Ecológica de liberación. Sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo transformador. En: Abya Yala. Revista sobre acceso a justica e direitos nas americas. (2da edicao). UFB. Brasilia. 2017.

[22] Casalla, Mario. Op.cit. p. 157.

[23] Casalla, Mario. América Latina en perspectiva. Dramas del pasado, huellas del presente. CICCUS. Buenos Aires. 2011. p. 317 y ss.

-en general, la guerra-; mientras que lo "universal situado", "no es otra cosa también que un particular sólo que, reconocido como tal, totalizado y abierto hacia lo absolutamente Otro que lo alimenta y reclama. Una universalidad que, haciéndose permanente y fraternalmente (y no imperialmente), recoge al individuo y lo realiza en su seno supraindividual"[24] .

Este "universal situado" nada tiene que ver con las sociedades que construyen el conocimiento como objetivación y dominación de otros pueblos y de la naturaleza, es decir, que conocen y dominan en forma, por momentos, demasiado promiscua, donde saberes y poderes devienen indiscernibles, y lo hacen abriendo el camino frecuentemente por medio de la guerra: colonial, postcolonial, neocolonial, regular o irregular, abierta o solapada, de alta o baja intensidad, usando el derecho, o violándolo abiertamente, como queramos adjetivarla desde la experiencia que se enuncia en Sur global y específicamente en Nuestra América.

Se trata en el "situado", de un universal que se sabe particular, pero que también sabe que lo universal no es tal si no se nutre y abre a todas las experiencias, si no se totaliza desde la apertura a lo absolutamente Otro que lo interpela y demanda. Son evidentes aquí los insumos que nutren y abren potencialmente la idea pluri e intercultural contemporánea.

Para nosotros, también abrirá el camino a la posibilidad de elaborar un criterio de juicio histórico-crítico sobre el carácter "situado" de las estructuras constitucionales de nuestra región, para introducir en el pensamiento constitucional un análisis de la profundidad y raigambre de las discusiones sobre modelos institucionales y de derechos, que venimos intentando construir en medio de los avatares, avances y retrocesos, de la historia, en construcción, de la democracia y el estado constitucional y social en Nuestra América.

4-La justificación de las patologías sociales y de la letalidad en el devenir histórico: el mito del progreso y de la libertad. Hay un desenvolvimiento teleológico y "escatológico" del "Espíritu" en la historia que, en su camino hacia la autoconciencia de la libertad, justifica todos los acontecimientos terribles de la historia. Todos los pasos dados vistos en función de la trayectoria hacia ese "fin" toman un cariz de necesidad y hasta una valoración positiva, en tanto, marcan el progreso histórico, dialéctico pero progresivo en sus tendencias de totalidad. Hay un sesgo, una perspectiva que mira desde el balcón de la autoafirmación moderna/colonial del centro-norte europeo. "Sólo desde un espíritu triunfante, o presuntamente victorioso (que Hegel identifica con las "naciones germánicas"), es posible hacer aparecer todo el

[24] Casalla, Mario. La filosofía hegeliana...Op.cit.

proceso histórico como un progreso continuo de enriquecimiento humano y espiritual"[25].

Esta filosofía de la historia optimista y, finalmente redentora, es muy difícil de sostener desde una mirada sensible al terror, la miseria, la guerra inducida en el Sur global. Desde la herida colonial. Lo que nos brinda puente con el siguiente punto.

5-La necesidad del colonialismo como fatalidad histórica en la historia de los pueblos. "Un pueblo es como un organismo viviente: nace, se desarrolla y muere y, ya muerto, sirve de alimento a otro pueblo (o lo que Hegel llama "tornarse provincia de otro pueblo en el que rige un principio superior"). Esto, que bien puede surgir de una contemplación objetiva de la historia universal, es, no obstante, discutible al ser elevado al rango de principio y juzgado como necesidad "espiritual". Es cierto que en muchos casos de la historia universal las cosas pueden haber ocurrido así, pero hacer de ello una necesidad ontológica antes que una negación que debe ser superada es algo demasiado ambiguo"[26].

La guerra aparece como necesaria y hasta moralmente justificada. Los pueblos que van quedando al margen de la historia sufren el destino de ser asolados por la guerra, el colonialismo, matanzas masivas, genocidios, discriminaciones. Todo esto que mirando desde el siglo XXI los horrores de los siglos anteriores sabemos, ni hoy, ni entonces, cuando Hegel escribió sus obras, puede justificarse en una astucia de la razón en la historia que persigue la autoconciencia de la libertad. Máxime cuando lo universal, el "Espíritu" que se sabe a sí mismo, el *"weltgeist"* son monólogo y monopolio que se enuncia desde el Norte, y en la pretensión hegeliana, el "centro" del mundo. Los pueblos, lejos de ser los protagonistas y actores de un mundo plural, resultan instrumentos que pueden ser sacrificados al desenvolvimiento del Espíritu.

Un pueblo donde decae la vida del "Espíritu", solo mantiene un hábito de vida, sus necesidades devienen instituciones y las instituciones decaen. Puede seguir vegetando, pero, en realidad "Vive, pues, en la satisfacción del fin alcanzado, cae en la costumbre, donde ya no hay vida alguna, y camina así hacia su muerte natural…Entonces sirve de material a un principio superior, tornase provincia de otro pueblo, en el que rige un principio superior…. Puede suceder que subsistan pueblos de no tan altos conceptos. Pero quedan a un lado en la historia universal"[27].

Una lectura comprensiva de la célebre figura de la "Dialéctica del Amo y del Esclavo", o de "Señorío y Servidumbre", desde la "Filosofía de la Historia"

[25] Casalla, Mario. Op. cit. p. 159.

[26] Casalla, Mario. Ibid. p. 159.

[27] Hegel, George W.F. Lecciones de filosofía de la historia universal. Prólogo de Ortega y Gasset. Versión de Jose Gaos. Alianza. Madrid, s/f. p. 72.

y la "Filosofía del Derecho", no dejan dudas que la lucha a muerte planteada en la "Fenomenología..."se aplica también a las relaciones entre los pueblos. Y a las relaciones entre los pueblos colonizadores y colonizados.

El texto de Susan Buck-Morrs, "Hegel y Haití" aporta una serie de datos que abonan la idea: Hegel, un lector atento a las noticias del mundo de su tiempo, que no dejaba de informarse cotidianamente por diversas fuentes de lo que sucedía, muy posiblemente tuvo en mira no únicamente la revolución francesa, sino especialmente la revolución haitiana cuyos acontecimientos principales anteceden de cerca y tienen un desenlace en 1804/1805 con el establecimiento del primer estado independiente de América Latina y el Caribe, y el primer caso de una revolución de esclavos triunfante frente a las potencias coloniales[28].

En síntesis, el fenómeno de la guerra en el sistema hegeliano cumple funciones centrales: es un vehículo de la "espiritualización" que va pasando por diversos pueblos, cada uno con su peculiar forma de concreción o "espíritu del pueblo", una especie de prueba o profecía autocumplida, en tanto la dominación y colonialismo de unos pueblos sobre otros sería vector y prueba del desarrollo de la "Razón" en la historia. En tanto hay pueblos históricos y hay pueblos sin historia, o echados del desarrollo de la historia. Claro, visto esto desde los pueblos que sufren la invasión, explotación, colonización, se trata de una razón imperial.

Los pueblos que pierden quedan al margen del "*Logos"*, y por lo tanto devienen provincias de los pueblos que encarnan el avance del "Espíritu del mundo"; es decir, se trata de una justificación ontológica de la necesidad del imperialismo y del colonialismo para el progreso dialéctico del mundo[29].

6-La contraposición entre alteridad y libertad. La negación de la otredad. La libertad del Espíritu consiste, finalmente, luego de salir fuera de sí y volver a su mismidad (en sí y para sí), en centrarse en sí mismo. Parece redundante, y sí lo es. Lo contingente, lo negativo, lo particular, constituye apenas momento que se supera en el recentramiento, que finalmente hace coincidir lo racional y lo real. Lo afirmativo finalmente supera lo negativo porque la historia no está librada al "acaso". "La existencia del Espíritu consiste en tenerse a sí mismo como objeto"[30].

Todo "parece pasar y nada permanecer". Cada vez que se produce esta variación, "una nueva vida nace de la muerte", y el Espíritu renace purificado y rejuvenecido: "oponiéndose a sí mismo y consumiendo su figura presente,

[28] Buck-Morss, Susan. Hegel y Haití. La dialéctica del amo y del esclavo: Una interpretación revolucionaria. Norma. Buenos Aires. 2005.

[29] Casalla, Mario. Op.cit. p. 163.

[30] Hegel, George W.F. Op.cit. p. 47

elévase a una figura nueva"[31]. La alteridad resulta entonces "inesencial", término con que Simone de Bouvoir adjetivará la existencia de las mujeres en "El segundo sexo"[32], y acaba por ser suprimido en un monismo autosuficiente.

El fin de la historia es el Espíritu que se conoce y se pliega en sí mismo, la coincidencia en el saberse y la realidad y este fin justifica todas las exclusiones. Así, nos dice Hegel que "Esta reconciliación sólo puede ser alcanzada mediante el conocimiento de lo afirmativo, -en el cual lo negativo desaparece como algo subordinado y superado-, mediante la conciencia de lo que es el fin último del mundo"[33]. De forma que las alteridades salen sobrando. El conocimiento se impone al reconocimiento. La Totalidad a las otredades. Los caminos plurales del reconocimiento desembocan en el cuello de botella de la ontología eurocéntrica.

Es evidente, que, si bien Hegel tiene el mérito de superar la filosofía política del autointerés entre ego propietario y objetos como relación directa, planteando la mediación del reconocimiento de los otros, esta intersubjetividad vuelve a plegarse sobre sí misma, sobre lo UNO, y el reconocimiento queda reducido a conocimiento.

Toda la angustia del proceso de concientización, producida por el deseo como nihilización de lo dado, vuelve a plegarse en la Totalidad. Un total desperdicio de la experiencia que clausura las alteridades como pluralidad de saberes, prácticas, conocimientos, los construye como vencidos, subordinados y/o pasado.

De esta forma, al final, y más allá de las lecturas optimistas posibles o menos deterministas a partir de la lectura Kojeviana de la Dialéctica del Amo y del Esclavo, y especialmente en lo que nos interesa, las objetivaciones jurídicas del reconocimiento, este se sesga, como diría Enrique Dussel, hacia la proxemia, mucho más que hacia la proximidad, como, desde un punto de vista latinoamericano y que hoy llamaríamos del Sur global, lo expresó tempranamente la Filosofía de la Liberación latinoamericana desde su vertiente argentina.

## Cambiando el punto de vista: una crítica de la Filosofía de la Historia desde Nuestra América. El "nosotros nuestramericano".

En su libro "El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo"[34], Eugenio Raúl Zaffaroni se interroga más o menos en estos términos ¿Qué somos nosotros como latinoamericanos y como brasileños,

[31] Hegel, George W. F. Ibid. p. 47/48.

[32] Beauvoir, Simone de. El segundo sexo. Siglo Veinte. Buenos Aires. S/f.

[33] Hegel, George W. F. Ibid. P.57.

[34] Zaffaroni, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo-Colihue. Buenos Aires.

mexicanos, bolivianos, chilenos, colombianos, ecuatorianos, andaluces, argentinos, etc.? Propone una sugerente respuesta que vinculamos con la apuesta por un proceso cultural abierto, creativo y diverso, que se nos ha negado en diversos cronotopos de Nuestra América, del Sur como *locus enuntiationis*. Negación que ha tomado y toma distintos formatos (regímenes coloniales o neocoloniales oligárquicos, autoritarios, neoliberales, siempre todos ellos patriarcales y culturalmente alienados, dependientes).

Sostiene Zaffaroni: ¨Basta invertir la imagen de Hegel y reemplazar su ideal espíritu por el real colonialismo, para caer en la cuenta de que somos el real resultado sincrético de expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias, lo que nos dota de una interesante unidad, bien singular en el planeta [...]tampoco somos tan nuevos como los colonialistas pretenden. Nuestros estados son más viejos que Italia y Alemania. Mucho menos como culturas: no lo son nuestras culturas originarias, y mucho menos las expulsadas por el avance depredador del espíritu hegeliano, que entrelaza nuestras raíces con las más antiguas y tradicionales de todo el planeta" [35].

Lo nuevo que se nos imputa en la filosofía de la historia de Hegel, como la "carencia de historia", no es así, dadas las características milenarias de las culturas precolombinas de Nuestra América. Lo nuevo pasa, dice Zaffaroni, por el proceso cultural creativo que protagonizamos en nuestra interacción. Lo que singulariza y atraviesa nuestra humanidad latinoamericana, nuestra pertenencia al Sur, es que esta humanidad nuestra se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo, que niega o retacea su dignidad, en un territorio en que millones de personas interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta.

Si esta afirmación de Zaffaroni parece hoy lejos del sentido común hegemónico y de las percepciones culturales distanciadas producto del desconocimiento que tenemos unos pueblos de otros en América Latina y el Sur global, eso tiene que ver con unas lentes enfocadas en la producción cultural de los centros dominantes en lo geopolítico y lo geoeconómico del mundo. En realidad, "las culturas siempre han estado en contacto mutuo; han sido los intereses y los objetivos geoestratégicos de poder y dominación los que han bloqueado el contacto y el intercambio cultural, con lo que más que de identidad, habría que hablar de montajes identitarios..." [36].

De ahí los procesos de montaje cultural de nuestras naciones, que nos retacean la creatividad popular, que nos parcelan unos de otros, desde una

[35] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ibidem. p.31.

[36] Herrera Flores, Joaquín. El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana. Aconcagua Libros. Sevilla.2005.

lente radio-céntrica que nos clasifica, nos mide, nos jerarquiza, desde los diseños globales, a través del bloqueo de nuestra capacidad de reacción cultural, de la obturación a la riqueza de nuestros procesos de relaciones y de identificación con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza. De ahí el despojo y la naturalización de la división del trabajo social, sexual, étnico y territorial en base a una matriz persistente, aunque cambiante en sus formatos, de colonialidad. De ahí que no podamos entender nuestros procesos culturales sin develar su carácter moderno/colonial.

Pareciera que la colonización pedagógica[37] nos ha persuadido de nuestra incapacidad como pueblos para ejercer activamente las condiciones económicas, ecológicas, políticas, las que hacen a nuestra riqueza plural en materia cultural. Que nos han retaceado o resignificado a la baja un concepto sustancial de soberanía como pueblos. Con eso también desprecian nuestra dignidad y nuestros derechos.

Yamandú Acosta, en un libro reciente de homenaje a Arturo Andrés Roig[38], relacionaba la dimensión del reconocimiento con el pensamiento del filósofo mendocino. Para ello recurría a la categoría "roigiana" del "a priori antropológico", dicho muy sintéticamente, sin hacer justicia aquí a la profundidad de la categoría, la imagen o figura del ser humano subyacente como supuesto básico de los discursos y prácticas históricos.

Postulaba la utilización del "nosotros nuestramericano", para la superación de las visiones alienadas de nosotros mismos. Para ello el reconocimiento debía empezar por la afirmación de nosotros mismos como valiosos, como fundamento de "moralidades emergentes" contra la eticidad y legalidad del poder establecido. De esta forma, el reconocimiento debe ser generación de un nosotros desde la valoración positiva de nuestro aporte a la humanidad, conciencia que, sin las experiencias plurales de Nuestra América, no puede postular ninguna pretensión de universalidad. Un nosotros, siempre abierto, plural, en proceso, que aporta desde sus situaciones a la experiencia humana, también en proceso continuo.

## Fenomenologías de las sabidurías populares

Carlos Cullen, planteó la necesidad de pensar fenomenologías de las sabidurías populares[39], nosotros acentuamos el plural ahora, porque

[37] Jauretche, Arturo. La colonización pedagógica. Buenos Aires, CEAL. 1992.

[38] Acosta, Yamandú. Un humanismo crítico desde Nuestra América. En: Arpini, Alicia, Muñoz, Marisa y Ramaglia, Dante (eds.) Diálogos inacabados con Arturo Roig. Filosofía latinoamericana, historia de las ideas y universidad. FFyL.UNCuyo. EDIFyL. Mendoza. 2020.

[39] Cullen recientemente ha reeditado su libro "Fenomenología de la sabiduría popular", cambiando la "fenomenología", por la "fenomenosofía". Nosotros como estamos iniciando este proceso

entendemos que esta idea de Cullen, de la misma forma que el "universal situado" de Casalla, que vimos más arriba, abre también caminos hacia la posibilidad de pensar el pluralismo y la interculturalidad.

Cullen parte de discutir el privilegio de la "ciencia", sea como realización (Hegel), sea como posibilidad en un contexto de crisis de las ciencias (Husserl)[40], para construir fenomenologías desde la sabiduría popular, desde sapienciales que se articulan en la relación intencionalidad-símbolos de las culturas populares. De esta forma, procura, evitar los reduccionismos en torno a dichas culturas[41].

Las sabidurías populares superan esta encerrona de la fenomenología como método de comprensión. Dice Cullen que las sabidurías populares pueden pensarse simultáneamente como "efectivamente realizadas" y como "posibilidad", se trata de saberes de "lo absoluto" y al mismo tiempo, de saberes mundanos, fácticos. El lugar central de mediación de estos sapienciales dice Cullen, son los símbolos de las culturas populares.

La intencionalidad simbólica surge no del desdoblamiento del "salir fuera de sí" y del retorno "en sí y para sí" de un Ego, sino de un Nosotros. Las intencionalidades simbólicas son modos originarios de darse sentido por mediación de los símbolos. He aquí un nuevo punto de partida propuesto por Cullen para trazar fenomenologías de las sabidurías populares: desde "nosotros-que-experimentan-símbolos". "Es posible lograr un concepto fenomenológico de sabiduría popular como un concepto sapiencial de fenomenología", sostiene[42].

Parte de la crisis de la ciencia, de la epistemología occidental, que surge de las pretensiones de separar a la ciencia de la metafísica y del mundo de la vida (cuestión a la que intentaron responder a su manera Lévinas, Heidegger, Ricoeur, Habermas, etc.). Cullen interpreta y resume esta crisis como un divorcio entre el uso práctico de la razón y la vida cotidiana. Para superar esta crisis tendencial, diagnostica, tiene que servir a la astucia o el ardid de la razón en la historia, o tiene que esperar la odisea del Héroe. Lo obvio, resalta,

---

de comprender la relación entre las categorías de la filosofía liberacionista argentina con las actuales categorías de filosofía contextual e intercultural, y estamos realizando el aislamiento social que exige la pandemia, sin tener nuestra biblioteca a la mano, usaremos aquí sólo textos publicados en la preparación de esa obra, en ocasión de realizarse un diálogo filosófico argentino-alemán que fuera coordinado y editado por Juan Carlos Scannone, pero que son suficientes y expresivos para lo que podemos desarrollar según objetivos y espacio disponible en esta obra.

40 Husserl, Edmund. La filosofía como ciencia estricta. Terramar. La Plata. 2007.

41 Cullen, Carlos. Sabiduría popular y fenomenología. En: Scannone, Juan Carlos (Coord.) Sabiduría popular. Símbolo y filosofía. Diálogo internacional en torno a una interpretación latinoamericana. Guadalupe. Buenos Aires. 1984. p. 27.

42 Ibidem. p. 28.

es que se trata de una historia y de un mundo de la vida, la absolutización de la experiencia racional-científica de Occidente, sin más.

La paradoja de la fenomenología, así entendida, radica en que, "la astucia", y "el heroísmo" son rasgos míticos: el espíritu (del mundo, o del pueblo) y el ego puro de Hegel y Husserl "son, en verdad, el Dios y el héroe del gran mito occidental de la razón científica"[43].

La alternativa que propone Cullen no es otra que el reconocimiento de la racionalidad que anida en la sabiduría popular, que desmiente la reducción de racionalidad a cientificidad. Se trata de la "inteligencia simbólica" de la razón. Se trata, nos dice, de dar cabida a la sabiduría de los pueblos como estructura de la racionalidad. La crisis exige salida por el lado del reconocimiento del desperdicio de las experiencias, sendas "no perdidas", sino todavía no transitadas. Un "Kairós": la "hora de los pueblos"[44].

Desde allí, propone una fenomenología diversa y otra dinámica del reconocimiento, la primera forma de la sabiduría popular es el "estar"[45], el arraigo material y simbólico, que, entonces no es a la tierra y nada más, sino a "matriz madre", de donde surgen las figuras de la tierra, de la casa y de la patria. Surge un saber inmediato del nosotros que pone en juego lo comunitario. La conciencia fenomenológica, el nosotros, se define como intencionalidad simbólica. Como núcleo ético mítico que se pone en juego en su materialidad y que se despliega narrativamente. La narración articula el hecho del estar, del estar siendo, del deber ser y de lo que puede ser. Entonces poner en juego y narrar son dos formas en que la sabiduría popular se temporaliza, exponiéndose y se materializa, ejecutándose.

Los relatos, las narraciones son la forma en que se manifiesta la inteligencia simbólica como forma de racionalidad de las sabidurías populares. Los pueblos son actores que juegan la racionalidad simbólica que los constituye. Entonces desde el "drama popular" es posible una hermenéutica de los procesos y avatares de los "nosotros populares". Para nosotros los latinoamericanos la figura fundamental que materializa nuestro horizonte simbólico es el vínculo especial con la Pacchamama, el mapu, la pampa, o la tierra[46]. Por eso las narraciones dramáticas históricas, cotidianas, toman la forma de "drama telúrico", que reclama su lugar junto al "*ethos* barroco".

Entonces, hemos salido con Cullen trascendiendo la reducción asimiladora de razón o conocimiento científico, siguiendo su huella vemos que racionalidad es inteligencia simbólica y que "irracionalidad es injusticia".

[43] Ibid. p. 31.
[44] Ibid. p. 32.
[45] Categoría que toma de Rodolfo Kusch.
[46] Ibid. p. 34.

La "astucia" y el "heroísmo" de la razón se muestran ahora como un mito y al mismo tiempo, paradójicamente, un desesperanzado escepticismo frente a la dimensión simbólica de la racionalidad, que es también mito, pero abierto, esperanzado desde el estar hasta el siendo y el poder ser, el "todavía no" que se encuentra en el *ethos* y el drama popular. Las sabidurías de los pueblos son así, plurales, porque se resisten a su supresión en la *aufhebung*, son re-ferencias a las experiencias, a lo que está. Por lo tanto, las sabidurías populares nacen de la autovaloración de las alteridades. "Sólo una conversión sapiencial puede lograr que la fenomenología realice su proyecto y pueda así contribuir a salvar la racionalidad…, cada vez más amenazada, pero cada vez más afirmada por la sabiduría de los pueblos"[47].

Las formas en que cada pueblo pone en juego su comprensión en un horizonte de justicia, se llama *ethos* popular. Y una filosofía de la historia fundada desde esta fenomenología, dice Cullen, debe ser una del encuentro de los pueblos, de la interpelación desde las alteridades y, enfatizamos nosotros, no una de la lucha a muerte y de dominación entre los pueblos. Del diálogo y el aprendizaje mutuos en racionalidades sapienciales, anamnéticas. "El símbolo, el nosotros como alteridad, se dice de muchas maneras"[48].

El derecho, máxime en su nivel constitucional, donde se articulan los campos sociales jurídico, político, económico. Donde las comunidades y sociedades reciben una imagen de sí mismas, de su proyecto, aunque sea sesgada, es un punto de condensación de los símbolos y las narraciones sociales.

Pensando desde las fenomenologías de las sabidurías populares, y reconciliando el derecho con las narraciones sociales en procesos de identificación, de construcción de sapienciales y de *ethos* prácticos, habíamos propuesto la idea metafórica de una constitución horizontal, que sea entonces el resultado del diálogo de experiencias y consistente por lo tanto con una realidad de pluralismo jurídico de comunidades nómicas, donde el derecho es un aspecto, una perspectiva de comprensión de las sabidurías populares. En "La constitución horizontal"[49] …, lo hicimos desde las perspectivas iusfilosóficas que enfatizan el carácter narrativo del derecho, en "Otros nomos…"[50], introdujimos la idea de identidades narrativas desde Paul Ricoeur, en especial el de "Tiempo y narración", ahora la sugerente propuesta de fenomenologías de sabidurías populares fortalece esta perspectiva que busca no desperdiciar

[47] Ibid. p.35.

[48] Ibid. p.40.

[49] Medici, Alejandro. La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial. CENEJUS-UASLP. Aguas Calientes-San Luis Potosí. 2012.

[50] Medici, Alejandro. Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. CENEJUS-MDHs UASLP. Aguas Calientes-San Luis Potosí. 2016.

la pluralidad de experiencias, para pensar las posibilidades de interculturalidad como alternativa a la "fenomenología del espíritu de la globalización", y su "filosofía de la historia" subyacente, según dice Raúl Fornet Betancourt, que nos expulsa de la historia e instrumentaliza como pueblos.

El hecho del pluralismo jurídico, discernir entre sus dimensiones emancipatorias y las que son mediaciones para el proyecto globalista colonial, considerar a los plurales derechos que surgen de los pueblos del Sur y de Nuestra América como sapienciales populares, que integran *ethos* prácticos, resultan pasos fundamentales para pensar las experiencias del constitucionalismo regional en sus avances y retrocesos en el reconocimiento de la plurinacionalidad, de la dignidad de los pueblos, sus procesos de autocomprensión y resistencias a los neoliberalismos y nuevas derechas regionales.

## La anadialéctica. Proxemia y proximidad.

Las figuras de la dialéctica entre amo y esclavo en la Fenomenología…, y la de excluyente y excluido en la Filosofía Real, desdoblan a "lo mismo" y "lo otro" en una conciencia desdichada, dado el avance de la historia por su lado negativo. Mismidad y otredad vuelven a superarse y sintetizarse, reuniéndose finalmente en una Totalidad de índole superior, que expresa la "conciencia de la libertad". Todos los sufrimientos y reconocimientos patológicos se terminan justificando en función del "ardid" de la razón en la historia. Estos momentos se presentan como diferencias, momentos dentro de lo mismo, pero nunca como distinción. El "Espíritu" traza un movimiento pasando por las desigualdades entre ego y alter, superando sólo formalmente el solipsismo para volver a la unidad superior del "Absoluto".

La categoría del reconocimiento, sin embargo, en un sentido fuerte, radical, transontológico, puede vincularse con la idea de "Alteridad" que Scannone, Guillot, Ardiles, Casalla y el propio Enrique Dussel, entre otros y otras del núcleo fundador de la Filosofía de la Liberación en su vertiente argentina, reciben en forma activa, estableciendo un diálogo crítico con la filosofía levinasiana[51], concretando, "encarnando" las figuras de la alteridad desde la realidad de los grupos sociales históricamente subalternizados y excluidos en Nuestra América, y analógicamente, en el Sur global. En este sentido marcan un camino que será precedente fundamental del giro descolonizador y de la filosofía intercultural.

[51] Principalmente la etapa abierta por el filósofo franco lituano con la publicación de "Totalidad e infinito". Ver Lévinas, Emanuel. Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad. Sígueme. Salamanca. 2002.

En ese sentido, Guillot se preguntaba, en su artículo "Filosofía contemporánea europea y filosofía latinoamericana", publicado en 1975, si "vamos a formar parte de un capítulo más de las etnologías, que tratan, con buena voluntad de entender la cultura de los pueblos diferentes, o vamos a plantear una relación encubierta de opresión, de amo-esclavo que subyace a este juego de distintos puntos de vista y a esta pluralidad igualitaria en que todo pensar y todo punto de vista tendría igual derecho a ser afirmado. Sin embargo, en este juego abstracto y teórico de la verdad situacional y particular se ocultan las relaciones históricas de dominación en las que se han formado y estructurado esos pueblos pertenecientes a los varios capítulos de las etnologías contemporáneas" Y agrega, abriendo la puerta de las actuales reflexiones sobre interculturalidad, "se trata de preguntar si por sobre la pluralidad etnológica y la consideración de cada uno de esos puntos de vista no hay relaciones fundamentales que permitan fundar la verdad de un pueblo sobre su realidad"[52].

De ahí la necesidad, decía, de apertura a la "novedad" y "alteridad histórica" hasta ahora no escuchada. Afirmar la alteridad de la filosofía equivale a decir que la filosofía sólo puede surgir, a retaguardia de lo "otro que la filosofía", de la historia y de la realidad. De forma tal que aparece la ruptura, no dialéctica, con la mismidad y Totalidad, con su estructura tautológica, desde la alteridad y su realidad histórica. De esta forma, la filosofía no sería más que el decir de la liberación y el decir de la realidad histórica[53].

Por su parte, Juan Carlos Scannone, definía ese "más allá" de la alteridad levinasiana: "el pobre real de carne y hueso, no está generalmente en una relación intimista yo-tú, cara a cara, sino que hablamos de los muchos, de los pobres y oprimidos en plural, y aún más, de los pueblos oprimidos en quienes se encarna el imperativo absoluto de justicia"[54].

Los pueblos originarios, las comunidades campesinas, los afrodescendientes, los trabajadores y desempleados urbanos, las mujeres atravesadas, diríamos hoy, por todas esas "interseccionalidades" que se suman a la dominación masculina. Aquí el reconocimiento en sus versiones, incluso progresistas, "nortecéntricas", queda corto. Estamos ante la interpelación obligante del otro o la otra, en tanto otro u otra que abre un horizonte "más allá del ser", una destotalización ontológica, desde proyectos históricos, experiencias, identidades otras.

---

[52] Guillot, Daniel. "Filosofía latinoamericana europea y filosofía latinoamericana. La Posibilidad de una asunción crítica". En: Revista de Filosofía Latinoamericana y Ciencias Sociales, nro. 1. Enero/junio 1975. P.115

[53] Guillot, Daniel. Ibidem. p. 116.

[54] Scannone, Trascendencia, praxis liberadora y lenguaje. En: Revista Nuevo Mundo nro. 1. Buenos Aires. 1973.p. 229. Apud. Wainstock, Carla. Hegel y América Latina. Op.cit.

La metodología "ana-dia-léctica", va más allá de la dialéctica negativa (la negación de la negación) por la afirmación positiva de la alteridad que no puede subsumirse en la lógica de la Totalidad, que no puede sesgarse hacia relaciones de proxemia como un ente más que nos aparece "a la mano", por lo tanto, que no puede considerarse en forma instrumental, sino que nos interpela hacia la proximidad, que es, por un lado, antropológicamente originaria, pero que ha sido alienada por la dinámica de la Totalidad, como pobreza, trabajo alienado, erótica opresiva, en síntesis, dominación y que sólo se recupera en el radical reconocimiento de la interpelación de las alteridades que abre la posibilidad de otra totalidad, analógica.

En el pensamiento de Enrique Dussel, como es más conocido, este problema tiene al menos tres etapas paralelas a las de la formulación de su ética y filosofía de la liberación. No obstante, referenciamos aquí la inicial Filosofía de la Liberación y sus escritos correlativos metodológicos y éticos, que, entre otros aspectos, realizan una crítica de la filosofía hegeliana marcada por una valoración negativa de la categoría "reconocimiento", en tanto vehículo de subsunción de la alteridad en la mismidad de la Totalidad: "La consciencia absoluta como categoría autocognoscente significa ya inicialmente la totalidad totalizada en la mismidad sin real exterioridad, sin Alteridad"[55].

Comparte en esta etapa con el grupo argentino fundador de la filosofía de la liberación, esa recepción activa que re enuncia el problema transontológico y metafísico de la alteridad desde la experiencia de los arrojados de la historia, de los despreciados por la Totalidad. Tomamos un párrafo extenso a continuación pero que por expresivo del problema, reproducimos: "Hablando personalmente con Levinas en París a comienzo de 1971 pude comprobar el grado de similitud de nuestro pensar con el del filósofo francés, pero al mismo tiempo la radical ruptura que ya en ese entonces se había producido. Me contó cómo las grandes experiencias políticas de su generación habían sido la presencia de Stalin y Hitler (dos totalizaciones deshumanizantes y fruto de la modernidad europeo-hegeliana). Pero al indicarle que no sólo la gran experiencia de mi generación sino del último medio milenio había sido el ego de la modernidad europea, ego conquistador, colonialista, imperial en su cultura y opresor de los pueblos de la periferia, no pudo menos que aceptar que nunca había pensado que "el Otro" (*Autrui*) pudiera ser "un indio, un africano o un asiático". "El Otro" de la totalidad o el "mundo" europeo eran todas las culturas y hombres que habían sido constituidos como cosas "a la mano", instrumentos, ideas conocidas, entes a disposición de la "Voluntad

[55] Dussel, Enrique. Para una ética de la liberación latinoamericana. Docencia. Buenos Aires. 2012. p.110.

de poder europea" (y después ruso-norteamericana). Si Levinas, en tanto pensador judío, había podido encontrar en su experiencia existencial un punto de exterioridad para criticar al pensar europeo en su totalidad (en especial a Husserl, Heidegger y Hegel), sin embargo, no había sufrido a Europa en totalidad y su punto de apoyo seguía siendo Europa misma. Mientras que nosotros, Latinoamericanos, Africanos y Asiáticos, el mundo de la periferia, hemos sufrido a Europa y nuestro punto de apoyo es una historia externa al "centro", positiva en sí misma, aunque el mundo culto lo haya considerado bárbaro, no-ser, in-culto" [56].

Para sintetizar, ya que desarrollar este tema en profundidad en las etapas subsiguientes del pensamiento de Dussel, que agregan densidad y complejidad teórica, llevaría mucho más que el espacio disponible para este texto, deseamos señalar que la cuestión sigue dinamizando críticamente su pensamiento, por ej. en la interpretación que hace de Marx y la categoría de trabajo vivo como "nada" del capital, pero al mismo tiempo la posibilidad de toda pobreza y de toda riqueza, y en la recepción del giro lingüístico, sea en sus diálogos con Apel o en el trabajo crítico sobre la hermenéutica de Ricoeur, desde el bloque social de los excluidos y oprimidos, la comunidad de comunicación de las víctimas que por la praxis de liberación, pone las condiciones de una comunidad de comunicación analógica pero ya no abstracta, sino concreta.

Estas categorías juegan en el contraste que construye en su Ética de la Liberación de 1998[57], entre arquitectónica y crítica, y que después aplica analógicamente a la fundamentación y construcción de su Política de la Liberación[58]. La dimensión crítica supone siempre la posibilidad de la proximidad y de la interpelación de la Alteridad que compromete esta forma exigente de reconocimiento, que abre el tiempo histórico y el espacio de la intersubjetividad a formas de eticidad, de derecho que "todavía no son", que pueden ser liberadoras en una historia nunca cerrada ni centrada. Abren, por lo tanto, la posibilidad de la interculturalidad desde el punto de partida de alter mundos que tienen derecho a ser y a estar frente a la globalización y la exclusión.

[56] Dussel, Enrique y Guillot, Daniel. Liberación latinoamericana y Emanuel Levinas. Bonum. Buenos Aires. 1975. P. 8.

[57] Dussel, Enrique. Ética de la liberación. En la era de la globalización y de la exclusión. Trotta. Madrid. 1998.

[58] Dussel, Enrique. Política de la liberación. Vol. 2. Arquitectónica. Trotta. Madrid. 2009.

## II PARTE. (DES)GLOBALIZACIONES.

### "Fenomenología del espíritu de la globalización" como estructura de desprecio.

Toda la narración histórica moderna eurocentrada, y después nortecentrada, incluso manifestaciones tan ricas filosóficamente como las "Lecciones…" de Hegel, que hemos trabajado críticamente en el párrafo anterior desde América Latina y el Sur global como situación, obedecen a un proceso de mundialización, de construcción sistémica de una Totalidad, que inicia mucho antes de la muy reciente en términos de la historia de medio-largo plazo, utilización del término "globalización".

En este proceso la cuestión desprecio/reconocimiento alcanza una nueva escala, extensión geográfica y una capilaridad en las relaciones sociales, producto de una "gran transformación", por tomar el término de Karl Polanyi[59], que continúa, se afirma, acelera, complejiza al menos desde la modernidad temprana, cuya fecha emblemática, podemos ubicar en 1492 (coincidiendo con el planteo de Wallerstein, corregido por Quijano y en especial Dussel, sobre la periodización histórica del sistema mundo moderno/colonial patriarcal del capitalismo histórico).

La "gran transformación" pasa por el desarraigo de la economía transformada en sistema auto referente que va acompañada de una tendencia de inversión antropológica, donde de distintas versiones de seres humanos enraizados (*zoon politikon*), pasamos al predominio creciente del *homo oeconomicus*, desde el *ego conqueror* colonial europeo, el *ego cogito* cartesiano, el sujeto trascendental kantiano, el individualismo propietario de la modernidad madura, pasando por la subjetividad neoliberal, al sujeto de rendimiento neoliberal (Han)[60].

En todos estos "a prioris antropológicos", siempre, más implícito, como subtexto, o más explícito, asoma el "dispositivo de blanquitud"[61], en forma de racismos manifiestos o subyacentes, biológicos, culturales y/o epistemológicos, y de la misma forma, e imbricado de distintas maneras según los cronotopos, el androcentrismo.

De esta forma, el mercado económico deviene sistema independiente de la vida, sociedad, naturaleza, se postula su autoregulación. Tiene sin duda, una incidencia paradigmática en la erección de una especie de "epistemología

[59] Polanyi, Karl. La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo. Prólogo de Joseph E Stiglitz, Introducción de Fred Block. México. FCE. 2016.

[60] Han, Byung Chul. Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Herder. Buenos Aires. 2014.

[61] Echeverria, Bolivar. Modernidad y blanquitud. Itaca. México. 2010.

del cazador": el proyecto de autoafirmación del sujeto moderno opera una reducción de las capacidades humanas de reconocimientos y de conocimientos a instrumentos para poseer, tanto en forma individual (autoposesión y autoafirmación del yo propio), como ejercicio de la dominación sobre las cosas del mundo, empujando la historia en un sentido inhumano y suicida[62].

Estos procesos se han reducido y/o sesgado con el término "globalización", sobre la que, desde los 90's a la actualidad, mucho se ha escrito, dicho y discutido, nosotros entendemos que no hace falta reiterar todo ese corpus aquí, sino simplemente seleccionar algunos aspectos desde una mirada crítica y situada, que nos sirven de insumos para reflexionar sobre las dinámicas de desprecio y reconocimiento, así como sobre las afectaciones al poder constituyente popular.

La globalización, decíamos hace ya casi dos décadas, es una estructuración[63], es decir, no puede reducirse a un hecho fáctico edificado en la estructura de las relaciones económicas, financieras, culturales sobre soportes tecnocientíficos nuevos (tercera y cuarta revoluciones (post) industriales (informática/telemática, ingeniería genética, nanotecnologías, neurotecnologías), aunque en parte lo es; ni tampoco puede reducirse a la acción estratégica de actores en el escenario mundial, a sus "apuestas por la globalización"[64], que, no obstante, en parte, también es.

Hay, un proceso complejo, no lineal que se teje en un espacio de tensiones entre estructuras y actores, que globaliza y localiza en forma desigual y combinada. Desde la mirada de ondas históricas largas, un proceso de mundialización, de (des)globalizaciones selectivas, por lo que la tendencia es de co-variación, y continuidad/ruptura, aunque la tendencia se sesga al

[62] Fornet Betancourt, Raúl. Transformación intercultural de la filosofía. Ejercicios teóricos y prácticos desde Latinoamérica en el contexto de la globalización. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2001. p. 319/320.

[63] Medici, Alejandro. La otra globalización. Movimientos sociales y cultura de los derechos. De las resistencias a las alternativas. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. 2002 (tesis doctoral).

[64] Como sostenía Peter Gowan, en "Global gamble", texto donde, el investigador de la North London University, criticaba las teorías de la globalización como "un proceso sin sujeto", explicaba cómo los Estados Unidos, junto a su mercado financiero subsidiario, la "City" financiera londinense y el Reino Unido, habían sido promotores estratégicos de la liberalización financiera, desde la decisión de la administración Nixon de desconectar el valor del dólar respecto a las reservas de oro, beneficiándose así los Estados Unidos, de lo que Gowan denominó un "privilegio de señoriaje" para la Reserva Federal de ese país: fijar arbitrariamente el valor de la, todavía hoy, aunque con señales de declive, principal moneda de intercambio comercial y financiero internacional. Lo que luego tuvo su correlato en las políticas económicas y financieras del FMI, Banco Mundial, etc., y el manejo de las deudas soberanas contraídas en dólares por los países altamente endeudados. Ver la edición en español Gowan, Peter. La apuesta por la globalización. Akal. Madrid. 2000.

reforzamiento de algo así como una sociedad y un sistema mundiales. A esbozar una "Totalidad", comprensible en términos filosóficos críticos.

Entonces, en general, podemos decir que la "globalización" es un término usado para explicar este proceso de procesos, que arranca desde la expansión del capitalismo moderno/colonial (acumulación originaria de capital, y luego los sucesivos y múltiples procesos de acumulación por desposesión[65]), como un proceso que produce transformaciones en todos los ámbitos de convivencia relevantes (economías, políticas, culturas…), en cada vez mayor extensión geográfica, intensidad y capilaridad social.

Este proceso expansivo, que bien podemos adjetivar como colonial no sólo por aspectos de su ruptura/continuidad histórica vista desde el Sur global. Pero sobre todo por actitud (colonización de más mundos de la vida y aspectos de estos con más capilaridad), tiene que ser entonces intensivo para garantizar su continuidad y reproducción. "El imperialismo del capital sería así, a la vez, un ataque a la autonomía de las naciones (y de sus culturas) y a la sustancia misma de la vida humana, ya que no sólo "reduce" los modos de vida, sino que impone además la ley de lo económico en otros niveles y los despoja así de su propia cualidad"[66].

Otro rasgo de la mentada "globalización", desde una perspectiva crítica, es su instrumentación política por las elites identificadas con el neoliberalismo, a través de un discurso ideológico que comienza con la construcción del término mismo, o "significante" globalización. Una ofensiva ideológica para ocultar la hegemonía imperial de los principales estados capitalistas del Norte, las corporaciones transnacionales económicas y las instituciones económico-financieras internacionales, con una noción que sugiere integración, crecimiento común a escala mundial, interdependencia.

Lo "ideológico" supone la diferencia entre constatar el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías, y la multipolarización del sistema de producción y sostener que este sistema mundial es y debe ser "autorregulado". Por otra parte, las diferentes velocidades y asimetrías entre los espacios que se conectan y los que permanecen desconectados, por ej. los flujos de migrantes, los conocimientos estratégicos, las enormes ganancias económicas, etc.

De esta forma, en realidad lo que se ha reestructurado son las relaciones de poder económico, cultural, político, militar, en una retícula jerárquica que integra elites planetarias claramente desvinculadas del 80% o más de la población mundial. Ello no significa que existe total cohesión y armonía entre esas elites, sino que juegan en otro escenario de experiencia donde se decide

[65] Harvey, David. El nuevo imperialismo. Acumulación por desposesión. Akal. Madrid. 2004.
[66] Fornet Betancourt, Raúl. Op.cit. p. 326.

la suerte de sus pretensiones e intereses, al mismo tiempo que la suerte de miles de millones de seres humanos "comunes".

Sería posible discernir distintas versiones de la ideología globalista: por ej., el de las elites neoliberales, el de las elites de potencias que disputan poder en el emergente multipolarismo por medio de disputas comerciales y carreras tecnológicas, la más novedosa la carrera por la vacuna para el virus SARS 2-COVID 19: China, Rusia, Estados Unidos, Unión Europea, etc., el "socialismo de mercado", la retórica (des)globalizadora de las nuevas derechas promotoras de "fascismo societal"[67], "desglobalizadoras de los derechos", pero "globalizadoras económicas meritocráticas", etc.

Finalmente, es ideológica también la propuesta "glocalizadora", la idea de un escenario virtuoso de intercambios donde lo local puede devenir universal, "global" y lo universal, localizarse. En realidad, la asimetría, con su incidencia en las formas de desprecio/reconocimiento, se sesga hacia los productos, procesos, modelos de una cultura "nortecéntrica" capitalista globalizada y capilarizada. Por todo esto, cabe hablar, en perspectiva del Sur, de una continuidad del sistema mundo moderno/colonial acentuando el segundo término en el sentido de varios fenómenos, de entre los que aquí nos interesa señalar las nuevas formas de dependencia por ser un término crítico propio de nuestro contexto.

Esta crítica de la globalización como "globalismo ideológico", no supone descontextualizar la crítica, sino ubicarla en la complejidad de la "estructuración": al mismo tiempo la globalización es un "hecho duro", sustentado en una infraestructura tecnológica enraizada, y procesos que afectan, de diversas formas, la experiencia de la diversidad de personas y grupos que habitan este mundo. De modo que, globalización significa, para las grandes mayorías de la población del planeta que no integran la retícula elitista global, experiencia trágica, conciencia desdichada del mundo, procesos que acumulan y coagulan asimetrías, institucionalizan cambios, y que se refuerzan mutuamente.

Por la asimetría de las relaciones en el punto de partida, en el origen mismo del proceso modernidad/colonialidad, luego reproducido de distintas formas, los discursos históricos imperiales, racistas, androcéntricos, aporofóbicos, hasta los contemporáneos de las derechas neoliberales o las nuevas derechas emergentes, tienen capacidad performativa, aparecen incluso, a veces, como "profecías autocumplidas", articulando el sentido de la relación entre "fenómenos" y "espíritu" de la llamada globalización.

[67] Santos, Boaventura. Reinventar la democraca, reinventar el estado. Abya Yala-Friedrich Ebert-Stiftung. Quito. 1998.

Es posible, entonces, como ha dicho Raúl Fornet Betancourt, una crítica de la "Fenomenología del Espíritu de la Globalización"[68], por su inhumanidad. ¿Cuál es el "Espíritu","Logos", que allí aparece en su pretendida "astucia" o "razón" histórica? El mercado transformado en dispositivo de poder y régimen de verdad, devenido "fetiche". El totalitarismo del mercado, como ha explicado Franz Hinkelammert en diversas ocasiones y obras[69]. Y la tendencia a la imposición de un *a priori* antropológico *(homo oeconomicus*) homogéneo que se superpone, determina y sobredetermina (según los contextos) el pluralismo de los mundos, los pueblos, las mujeres y los hombres.

El *homo oeconomicus* como individualismo propietario, capital o recurso humano, empresario de sí mismo, sujeto de rendimiento y autoexplotación neoliberal, siempre análogo a la blanquitud y al androcentrismo, muestra como la globalización se sitúa en la última etapa de una cosmovisión que plantea una "nueva metafísica", en tanto ésta supone un horizonte histórico a cuya luz se decide la relación del hombre con los seres y su mundo.

En ese sentido, el neoliberalismo, entendido como el "espíritu" de la globalización; por supuesto, no final y si coyunturalmente central en una historia abierta, y que debemos abrir, sin final, produce una verdadera revolución antropológica al colonizar los plurales mundos reduciendo y negando sus posibilidades, teniendo como agente este nuevo tipo de ser humano. La colonización de los mundos de la vida sólo es tendencialmente total si abarca la colonización de las subjetividades vivientes. Esto, en gran parte se ha logrado, las personas se hacen desde las exigencias de las instituciones del sistema y no desde las exigencias de los grupos y las personas a las instituciones[70].

Este diagnóstico del filósofo cubano, que tiene ya veinte años, pese a la emergencia de matices y nuevos fenómenos en el "espíritu" de la globalización que ya hemos mencionado antes, sigue estando vigente. Procesos y datos contextuales así lo atestiguan: la adjetivación de la época que vivimos como "posverdad", donde es posible la construcción de verosímiles, *fake news*, que movilizan los prejuicios y sentimientos de sus consumidores, el perfeccionamiento de las tecnologías de control desde lo que ha sido denominado un "panóptico global", las tecnologías de predicción y de incidencia sobre las conductas, casi, o a nivel subconsciente (psicopolítica)[71], por medio de la utilización de lo que ha dado en denominarse *big data*, preocupan crecientemente dando razón a Gilles Deleuze cuando predecía el paso de las

[68] Fornet Betancourt, Op.cit. p. 339.

[69] Por ejemplo, Hinkelammert, Franz. Totalitarismo del mercado. El mercado como ser supremo. Akal. Buenos Aires. 2018.

[70] Fornet Betancourt. Op.cit. p. 342.

[71] Han, Byung Chul. En el enjambre. Herder. Barcelona. 2014 y Psicopolítica…Op.cit.

sociedades de disciplina a las sociedades de control[72]. Pero este diagnóstico que centra muchas veces el pensamiento crítico del Norte, que parece mostrar aspectos tendencialmente totalitarios de "sociedades posmateriales", debe completarse y matizarse.

Desde el Sur, y su pluralidad de experiencias, los vínculos y las economías distan mucho de estar desmaterializados, la letalidad en, de los flujos humanos que buscan atravesar las fronteras vigiladas y militarizadas entre el Sur y el Norte dejan cotidianamente un reguero de cadáveres o personas, familias y grupos que malviven en centros de detención que, pese a la retórica humanitaria, recuerdan momentos muy oscuros del siglo pasado. Del otro lado más opulento de los muros y las vallas, crecen los discursos racistas de desprecio y justificación que culpan a las propias víctimas de este "cierre" y de su desdicha.

Los flujos asimétricos e injustos de materiales y energía entre el Sur y el Norte, las desigualdades entre grupos y regiones son crecientes. Los incendios de regiones enteras cada vez más incontrolables por el cambio climático y las sequías, los fenómenos meteorológicos extremos no son fenómenos ocasionales sino sintomáticos y refuerzan los flujos humanos que buscan refugio, construyendo el fundamento de la novedosa categoría de "refugiados ambientales".

Los problemas, si se incorpora la óptica del Sur global, tienen que ver también con la preservación de los vínculos comunitarios y con la naturaleza, así como de sus marcos culturales en tanto opciones de vida, experiencias en peligro, y no sólo con el trabajador individual aislado urbano que se autoexplota creyendo ser libre.

La pandemia que estamos viviendo, producto de una enfermedad zoonótica, a su vez fruto del corrimiento expansivo de las fronteras entre la corrosividad de la sociedad hiper productivista y consumista, la producción masiva industrial y química de alimentos y la agresión consecuente a la diversidad de metabolismos sociales con la naturaleza lo está haciendo patente: el virus no discrimina, pero si las estructuras desiguales globalizadas que exponen a la enfermedad a los grupos y personas que viven en condicionamientos de hacinamiento, sin acceso al agua potable y al saneamiento, a servicios próximos, disponibles y accesibles de sanidad pública, de cuidado para las personas mayores.

[72] Deleuze, Gilles. Post-scriptum sobre las sociedades de control. En: Conversaciones. Pre-Textos. Valencia. p.277 y ss.

## Interculturalidad como alternativa: reconocimiento como dinámica de liberación.

En el contexto de la globalización, de sus dinámicas de desprecio, las formas que ha tomado el problema del reconocimiento resultan entonces insuficientes para superar un acumulado histórico de retaceo de humanidad, el "numerus clausus" de la humanidad, y que no ha hecho más que acelerar sus consecuencias letales en el final del siglo pasado y las primeras dos décadas del presente.

Aun reconociendo la intencionalidad progresiva de las teorías del reconocimiento "nortecéntricas", la posibilidad del diálogo con ellas, mirando las cosas desde el Sur y desde Nuestra América, las alteridades negadas, los mundos de la vida colonizados, los pueblos arrojados de la historia requieren, más que abogados que hablen por ellas, de un cambio de las "reglas de juego"[73]. Estas reglas son insuficientes porque son incapaces de devolverle a las/los despreciadas/os la palabra, porque aluden a un marco antropológico y epistemológico en el que la experiencia del reconocimiento remite al *locus* donde la negación del otro ha servido como pretexto para ocultar sus cronotopos, para declarar "vacíos" sus espíritus y sus mundos de vida, y ocuparlos con los productos de la sociedad dominante.

La consecuente universalización del "egopropietario blanco" como prototipo de humanidad, con la reducción de la materialidad humana del sujeto viviente a la figura de ciudadanía que disuelve la conflictividad social en una estructura formal legal de derechos y deberes supuestamente iguales, conduce a privilegiar la negociación y el contrato como forma jurídica del reconocimiento reducido a relaciones de proxemia. Forma que posee nula o escasa sensibilidad hacia las alteridades desde una crítica a la globalización del sistema neoliberal que agrede a las formas concretas de reproducir y transformar la vida de los otros.

Entendida como una lucha por la liberación de la pluralidad, la dinámica del reconocimiento nos confronta con la necesidad de superación del horizonte teórico práctico de la modernidad liberal occidental y su ideal de sociedades "tolerantes". Desde la perspectiva intercultural, la lucha por el reconocimiento, es primero, lucha por tener un mundo propio. Por superar, evitar las relaciones asimétricas de dominación que deciden con anterioridad las condiciones del reconocimiento.

[73] Barrera Contreras, Miriam. Resistencias indígenas en América Latina. ¿Luchas por el reconocimiento? En: Sauerwald, Gregor y Salas Astrain, Ricardo. Perspectivas y problemas. La cuestión del reconocimiento en la filosofía política-social de Axel Honneth. Op.cit. p.44.

Y eso porque la liberación de la pluralidad se basa en una voluntad de compartir mundo y humanidad que genera mundos liberados en reciprocidad. Mundos reales propios, pero que se reconocen cofundadores de realidad humana[74]. La perspectiva intercultural radicaliza el reconocimiento más allá de los límites del liberalismo, en tanto disposición al renacimiento del mundo y de la humanidad con el otro, en un proceso de aceptación mutua, de implicación y de participación real en los asuntos del otro, que pasan a ser comunes.

Es desde este diagnóstico y este desafío que debemos pensar una categoría crítica como el poder constituyente popular.

## III PARTE: EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE DE LOS PUEBLOS Y LAS ALTERIDADES RADICALES.

### Derecho constitucional, objetivaciones del desprecio y funciones constituyentes coloniales.

Toda construcción crítica de la noción de poder constituyente de los pueblos, se afirma contra una historia y un contexto actual adversos en América Latina, entonces conviene repasar, muy sintéticamente, sobre derecho constitucional y su genealogía en nuestra región.

El derecho constitucional muestra el punto más evidente e innegable de condensación de estructuras históricas, políticas, culturales, económicas, ecológicas de los estados modernos/coloniales. Constituye una geocultura[75] local globalizada como forma de organización política y jurídica, que tuvo su origen y despliegue al calor de las promesas emancipatorias de la modernidad madura. Los estados postcoloniales de América Latina se conformaron desde la recepción paradigmática de ese movimiento jurídico político del constitucionalismo como fórmula de organización de los nuevos estados nacionales.

Esa estructura formal se superpuso, generalmente como un "constitucionalismo colonial"[76], según Bartolomé Clavero, a las formaciones de alteridad (mujeres, pobres urbanos, comunidades campesinas tradicionales, pueblos originarios, afrodescendientes, etc.) en los distintos cuadrantes de Nuestra América.

En las elites criollas organizadoras de los estados latinoamericanos se opusieron dos proyectos claramente diferenciados: el proyecto federal y socialmente integrador de los libertadores Bolívar, San Martín, Hidalgo y

[74] Fornet Betancourt, Raúl. La filosofía intercultural y la dinámica del reconocimiento. Op. cit. p. 24.

[75] Aquí en el sentido de Wallerstein, no en el de Rodolfo Kusch.

[76] Clavero, Bartolomé. Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones ladinas. [www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf].

Morelos, Belgrano, etc. , frente a las "pequeñas patrias del criollo"[77] producto de las elites comerciales de las ciudades ligadas a la división internacional del trabajo y el libre cambio que buscaban mantener sus privilegios coloniales ahora en una relación "libre" con las potencias europeas y el influyente vecino del Norte continental.

Para estas elites, regían las constituciones y el derecho como el juego entre las partes "sanas y principales de la sociedad", el pueblo reducido a los hombres blancos o blanqueados ideológicamente, propietarios habitantes de la "ciudada letrada" que integran el cuerpo electoral. La idea de sociedad civil en tanto que "civilizada", legitimó la dominación de estas elites fortaleciendo la dicotomía civilización/barbarie, donde los pueblos coloridos, sexuados, empobrecidos, diversos de Nuestra América fueron transformados en alteridades inesenciales, sometidos a las dinámicas del desprecio. Todavía resta hacer una historia de los pueblos y las formaciones de alteridad en América Latina que mire las cosas desde sus sufrimientos cotidianos.

Para las alteridades, para las "castas", las constituciones y el derecho eran poco más que manuales de instrucción cívica, para educar y civilizar a la barbarie. La función constituyente nace entonces divorciada de la idea de soberanía popular, salvo en un plano retórico, y supone la dilatación espacial de los poderes fácticos de la propiedad y del poder doméstico sobre siervos y esclavos reconstruidos ahora en las figuras sociales de los pobres, las mujeres, los afroamericanos, los campesinos, los pueblos originarios.

El pensador de Santiago del Estero Bernardo Canal Feijoo decía que "las constituciones liberales se proponían moderar las potestades gubernativas, pero sólo frente a los poderosos; la moderación de la autoridad liberal ha sido la medida de la exorbitancia del poder de los poderosos; respecto del resto no habría problemas, bastaba un mínimo de autoridad policial para mantener el "orden"[78].

En esta breve frase Canal sintetiza las tensiones dramáticas según los cuadrantes y épocas del constitucionalismo regional: las que se dan entre poderes fácticos innominados[79] frente a un constitucionalismo democrático y de derechos para el pueblo, y la que se produce entre sobre y subciudadanías, desgarrando los estándares de igualdad constitucional.

La derrota del proyecto libertador, o su detención luego de obtenida la independencia de los nuevos estados, generó una estructura histórica de

[77] Fernández Retamar, Roberto. Pensamiento de Nuestra América. Autorreflexiones y propuestas. CLACSO. Buenos Aires.2006.

[78] Canal Feijoó, Bernardo. La frustración constitucional. Losada. Buenos Aires. 1958. p.45.

[79] Clavero, Bartolomé. El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional. Trotta. Madrid. 2007.

colonialismo interno donde el estado naciente moderno/colonial latinoamericano se impuso sobre una matriz social racista, patriarcal, capitalista de excluídos/as y sometidos/as. El ardid del "Espíritu" entendido en la forma de progreso, orden, civilización frente a la barbarie se reproducía ahora al interior de los estados latinoamericanos y se enseñaba con las formaciones nacionales de alteridad. Los saberes, experiencias y fenomenologías de los pueblos, del "estar siendo" del pluralismo de las alteridades eran arrojados fuera de la historia oficial en construcción por las elites vencedoras y organizadoras de los estados modernos/coloniales.

Por lo tanto los términos pueblo, constitucionalismo, constitución, fueron apropiados por las elites criollas organizadoras de los estados que ejercieron una "función constituyente", una capacidad de "*constitution making*", en su propio beneficio y como aparato hegemónico educativo y de legitimación retórica o simbólica del control sobre los pueblos, ligados por el lado malo a ese estado, para los que regían las lógicas del desprecio, del retaceo de humanidad existiendo una línea abisal de separación, al otro lado de la cual los genocidios, las matanzas, la desposesión de territorios, la violencia sexual y los epistemicidios continuaron; configurando, en grados diversos según los cronotopos, estados de excepción selectivos y normalizados para los sectores populares. Estos estados de excepción se justifican en función del progreso, la civilización, el desarrollo, la integración en la globalización, de modo que pueden ser compatibles con el fetichismo, la encriptación y la alienación constitucional. En última instancia se produce una inversión ideológica por la que los pueblos y las alteridades devienen "enemigos de las constituciones", y se los puede someter a diversas formas de menosprecio y violencias en nombre del "estado constitucional" y de las "guerras de baja intensidad", en su variada fenomenología.

La disputa por el significado del pueblo, de la función constituyente, marcó una lucha en toda Nuestra América en el siglo XX que continúa hoy, las diversas formas de fraude electoral, exclusión social, dictaduras militares, regímenes neoliberales, plutocracias electorales, amparadas por una geopolítica continental conflictiva entre Nuestra América y la América Nortecéntrica, se alternaron con algunos momentos de emergencia de los pueblos soterrados en su diversidad y potencia democrática alterativa. La dinámica de desprecio/reconocimiento generó momentos donde el constituyente popular dejó indicios de sus proyectos reales de justicia social, pluralismo cultural que se objetivaron en textos de constitucionalismo popular que destacan contra el fondo opaco de una matriz de colonialidad que sigue buscando formas de mantener el colonialismo por otros medios.

Estamos ante un escenario que muestra la actualidad de estas tensiones, por una parte la capacidad de regímenes neoliberales para criminalizar la

protesta de los movimientos sociales y las organizaciones populares, para perseguir judicialmente a sus líderes, promover el desprestigio de las referencias del campo popular por medio de la instalación de verosímiles, desde *fake news* con la complicidad de los grandes grupos mediáticos oligopólicos y de las redes sociales, generando proscripciones electorales, incluso golpes de estado, como hemos visto recientemente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

## Los pueblos como sujetos del poder constituyente popular.

Para hablar de poder constituyente popular, debemos aclarar primero el concepto de "pueblos" desde el que partimos.

El significado del término pueblo, como surge de la recuperación que hicimos de las categorías de Cullen, Casalla, Zaffaroni, Dussel, Guillot, Acosta surge desde las alteridades excluidas de la "historia universal" y, sometidas a una fenomenología de la deshumanización, al desprecio o al reconocimiento patológico, abre y proyecta hacia la dimensión intercultural.

Es distinta entonces a una concepción jurídico- política formal del pueblo, que, por ejemplo, lo reduzca a un conjunto de ciudadanos que conforman un padrón electoral. También se diferencia de los nacionalismos supremacistas que animaron dictaduras y experiencias totalitarias en Europa o en cualquier otro cuadrante autoritario del mundo. Es decir, no es el pueblo definido desde un sentido racial imperialista, desde la sangre y la tierra, ni desde supremacismos, imperialimos, o nacionalismos xenófobos. Más vale en la experiencia de los pueblos del Sur y de América Latina las experiencias de pueblos construyendo naciones y plurinaciones, se relacionan con la constitución de un campo nacional y popular, federativo, plural, integrador que surge de variadas fenomenologías como ha dicho Cullen, y también desde situaciones en donde se afirman las identidades frente a una, por lo menos, doble conflictividad combinada, la clases sociales, y la nacional, frente a la negación colonial y la razón imperial, como diría Casalla. A estos conflictos históricos se deben agregar hoy los que surgen del patriarcado frente a las mujeres y la diversidad genérica, la persistencia de formas de colonialismo interno frente a los pueblos originarios y campesinos, los migrantes, y la colonialidad frente a la naturaleza.

La experiencia que nos anima a reflexionar surge de los ensayos recientes, de los primeros lustros de este siglo de los movimientos populares regionales, especialmente en Bolivia y Ecuador, por más que en la coyuntura actual estén detenidos, desorganizados y reprimidos. De los pueblos y sus organizaciones libres que se reconocen construyendo marcos de plurinacionalidad y ensayan formas de interculturalidad prácticas. Que han conseguido, pese a todos los

obstáculos, la objetivación de estas formas de reconocimiento en constituciones como las del estado plurinacional de Bolivia o la de la República de Ecuador, aunque ahora queden como textos que son desmentidos por una dinámica política, económica y social de desconstitucionalización y recolonización por el régimen de facto instalado o por el régimen neoliberal, respectivamente.

Por eso adscribimos a la centralidad de la categoría pueblo, pero historizada desde América Latina. Más que como *demos*, debe entenderse como *plebs*, como bloque social de los excluidos y oprimidos, en términos de Enrique Dussel[80].

Daniel Berisso, ha definido, con esta intencionalidad historizadora y situada, al pueblo: "En Latinoamérica el pueblo es un fenómeno antagonista, dado que su constitución está signada por una relación de dependencia y subordinación con respecto a un *pactum subiectionis* impuesto a través de la conquista, el colonialismo y el status post-colonial". Por lo tanto, la noción de pueblo se configura como eje en torno al cual gira el ideal de liberación cifrado en la "des-sujeción" y la "des-enajenación", …"el despertar de una conciencia rebelde contra aquellas formas importadas o impuestas por la fuerza de la colonización" .Se trata de "un conjunto humano oprimido en cuanto distinto, en cuanto portador positivo de una historia propia…como exterioridad o alteridad"[81].

Mario Casalla, en su trabajo "Algunas aclaraciones sobre el concepto de pueblo", que integra el volumen colectivo "Cultura popular y filosofía de la liberación"[82], sostenía que frente a la confusión teórica sobre el concepto de "pueblo", se plantea la exigencia de suturar la brecha entre lo teórico y lo práctico, y en el proceso, construir una teoría política de liberación desde "nuestra situación"[83].

Entender a los pueblos desde un pensar descolonizado, nos dice, requiere dos notas: 1) su enraizamiento en la realidad que habita, única forma de captar su "radical novedad", 2) una relación crítica y "de-structiva" (en el sentido de la *destruktion* heideggeriana) con la cultura dominadora "nordatlántica" en cualquiera de sus variantes. Lo primero lo "sitúa", lo segundo lo "trasciende": en el conjunto de los dos movimientos será posible rescatar la "rica ambigüedad" del concepto para"superarla". Frente a los reduccionismos individualistas o clasistas, o términos propuestos como alternativa: "multitud", por ejemplo, se alza el concepto de pueblos como "comunidades cualificadas".

---

[80] Dussel, Enrique. 20 tesis de política. Siglo XXI-CREFAL. México. 200.p.

[81] Berisso, Daniel. Tesis doctoral. FFy L. UBA. Buenos Aires. P. 50.

[82] Texto en el que participaron Ardiles, Casalla, Cullen, Kusch, Scannone, Kinen, Dussel, Parisi y Chaparro.

[83] Casalla, Mario. Algunas aclaraciones en torno al concepto de "pueblo". En: AAVV. Cultura popular y filosofía de la liberación. Fernando Garcia Gambeiro. Buenos Aires. 1975.

Comunidad es "agrupamiento de voluntades que, transcendiéndose, organizan un modo de convivencia y gobierno"…"cuando una comunidad produce un agrupamiento sobre bases multitudinarias que recogen una ancestral memoria común, nos hallamos en presencia de un pueblo". Desde aquí nos dice Mario, podemos hacer distinciones y relaciones:

1)Sentido histórico del término: pueblo es entonces un concepto histórico, frente al jurídico formal de individuo y al económico de clase. Es sobre la base de esta unidad histórica /memorística conflictiva que en él se producen y operan diferenciaciones de clases, otras formas de agrupamiento y biografías personales[84].

2)El carácter conflictivo de su ser histórico: "Se constituye históricamente como conflicto". Sobre la base de la memoria y del destino un pueblo recrea pluridimensionalmente ese ser y busca concretarlo institucionalmente. Sus mitos, sus héroes, sus artes no son sino la expresión comunitaria del conflicto básico. "El problema es, en el fondo, un historizar este concepto…y formular en términos adecuados la dinámica de su conflictividad". Un pueblo se define siempre a partir de una situación y de su inserción en ella (no se puede definir como universal a priori desde invariantes como individualismo o clases).

3) El pueblo como alteridad, como proyecto de liberación y como voluntad de justicia y paz: se trata de notas distintivas de los pueblos de nuestra región, que surgen del ejercicio de la historización, desde: a) Una historicidad violenta, que se adjetiva así desde la experiencia de: b) el retaceo de humanidad, su ser enajenado, como participación, y en la medida de su participación, en el ser del conquistador (ser-como); c) de ahí la emergencia, la posibilidad de la voluntad de liberación, entendida como permanente resistencia a la opresión, como obstinación presente, manifiesta o latente, en la historia regional[85]. No reducida solamente a los eventos revolucionarios o transformadores, sino también como la cotidianeidad de la renuencia, de la resistencia cotidiana desde la cultura, las actitudes, los saberes populares como fagocitación (Rodolfo Kusch), o antropofagia (O. De Andrade), la actitud barroca.

En este registro, Casalla nos muestra, que, frente a las totalizaciones sucesivas, colonia, repúblicas oligárquicas, dictaduras militares, regímenes neoliberales plutocráticos, los pueblos son exterioridad al sistema estatuido con el que se relacionan negativamente las alteridades críticas. Los pueblos, en tanto configuraciones históricas concretas, sintetizan la historia viviente de una comunidad. "De esta ambigüedad de lo popular, están hechos los avances y retrocesos de los procesos de liberación…de su resolución correcta, depende la conformación de las naciones. Es entonces un concepto abierto, de rica alteridad"[86]. Nunca es igual al sistema que lo formaliza como "población",

[84] Casalla. Ibidem. p. 55.
[85] Casalla. Ibid. p. 56.
[86] Casalla, Ibid. p. 61.

"ciudadanía" o "cuerpo electoral". A ese pueblo se opone siempre una elite minoritaria que interpreta el pasado y el destino de una comunidad de acuerdo con sus intereses particulares, el "antipueblo". De su recuperación para la causa del pueblo o de su neutralización política, económica, cultural, depende en gran medida el proyecto en marcha de liberación.

El proyecto del pueblo, así comprendido, nos dice, no es sólo mayor cuantitativamente por mayoritario frente a las elites minoritarias, sino cualitativamente por su mayor moralidad y humanidad. Sólo el pueblo es capaz de abrir, proféticamente, la totalidad dada (el sistema) a un horizonte de justicia y así, potencialmente, redimir a todos y a todas (dominadores y dominados/as).

Se abre así la posibilidad de repensar los pueblos en su historicidad y conflictividad complejas. En sus experiencias de retaceo e indignidad, desde procesos de liberación y apertura a la interculturalidad como componente esencial que permite su articulación, su reconocimiento mutuo sin desperdiciar identificaciones, historias, ni subjetividades.

Así liberación, debe entenderse como un proceso integral, donde, a retaguardia de esta historia de los pueblos y de las alteridades, distinguimos, al menos, los siguientes aspectos conflictivos:

| Liberación (dimensiones de los procesos de...) | Pueblos y formaciones de alteridad. | Opresiones (desprecios, patologías) Anti-pueblo. |
|---|---|---|
| Nacional | Naciones | Imperio /colonialidad global |
| Social | Trabajadores/as, empobrecidos/as, excluídos/as | Oligarquías plutocráticas |
| Sexual | Mujeres, diversas orientaciones e identificaciones sexuales, nuevas masculinidades | Patriarcado |
| Plurinacional | Pueblos y naciones indígenas y tribales | Estado moderno/ colonial monocultural/ colonialismo interno |
| Colonización de la naturaleza | Alteridades radicales, ontologías relacionales: vivientes humanos y no humanos, ecosistemas | Extractivismos |

Todas estas dimensiones y aspectos relacionados según el proceso histórico en cada cronotopo de Nuestra América, en simultaneidad o sucesividad, generan el referente de complejidad que en la actualidad se capta como el problema de las interseccionalidades propias de la ruptura/continuidad de la matriz de colonialidad del poder en su variada fenomenología. Son procesos y categorías para comprender la dinámica alterativa y las luchas por el reconocimiento de los pueblos. Integran todo proyecto adjetivable como constituyente popular liberador e intercultural, aún frente al contexto adverso que enfrentamos en la actual coyuntura global y regional.

## El poder constituyente popular, esa categoría incomoda.

El poder constituyente como potencia democrática de reconfiguración social surge de procesos de lucha por el reconocimiento, de las reacciones a las formas de desprecio o menosprecio. Uno de sus límites está dado por esa relación. Por esa estructura del reconocimiento que es lucha y objetivación.

El resultado del poder constituyente supone, entre otros aspectos, la objetivación por mediación en el proceso cultural, la transformación de las relaciones sociales y, especialmente, en lo que nos interesa, por mediación del derecho. El derecho es, en una de sus dimensiones posibles, objetivación de las luchas por el reconocimiento. Estas no pueden quedar en la afirmación subjetiva o grupal, deben tomar una forma objetivada que es la que proveen las instituciones y el derecho. Los contenidos sustanciales, lo que el derecho dice, son también el resultado de los procesos de reconocimiento y las formas de desprecio remanentes y nuevas.

La célebre categoría crítica de la "Escuela de Sevilla" de Joaquín Herrera Flores[87] y David Sánchez Rubio[88], sobre los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha (culturales, sociales, institucionales, normativos) por las plurales formas de entender y practicar la dignidad humana, expone la continuidad entre las luchas por el reconocimiento y sus objetivaciones: a) al construir una comprensión relacional de los derechos humanos, estos deben verificarse en los vínculos y no sólo como el sesgo jurídico lo hace, desde un paradigma posviolatorio, casuista, individualista y normativista, b) como objetivo de las luchas, que son por reconocimiento de los bienes sociales que referencian las normas como necesarios satisfactores de las plurales dimensiones de dignidad humana,

[87] Herrera Flores, Joaquín (ed.) Hinkelammert, Sánchez Rubio, Gutierrez. El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Desclee de Brouwer. Bilbao. 2000.

[88] Sánchez Rubio, David. Contra una cultura anestesiada de los derechos humanos. UASLP. CEDHSLP. Aguas Calientes-San Luis Potosí. 2007.

c) como resultado de estas objetivaciones aparecen, en el marco de estos procesos históricos, sociales y culturales, las normas e instituciones, como un nivel más "condensado" y "coagulado" de estos procesos desde cuyas tensiones se abren de nuevo las dinámicas de reconocimiento.

Normas e instituciones son como diques en el fluir de las dinámicas de reconocimiento/desprecio. Buscan, a veces, encauzar corrientes que los desbordan, los desconstituyen y reconstituyen; otras veces, permiten acumular desde hilos de agua en contextos de desertificación y sequía, manteniendo derechos e instituciones en tiempos difíciles. Derecho e instituciones hacen parte de un proceso social mayor que no puede limitarse a ellos y que requiere entonces este discernimiento en términos históricos y éticos del reconocimiento/desprecio.

¿Cómo, desde que criterios, podemos juzgar la ética social de objetivación constituyente y las moralidades emergentes de las luchas por el reconocimiento que la impulsan? ¿Cómo ligar con el análisis fáctico de las posibilidades materiales y formales de un poder constituyente? Desde la gramática moral de los conflictos que conforman una estructura de reconocimiento (que es al mismo tiempo una de desprecio o menosprecio). Esto permite la evaluación moral de situaciones histórico- concretas. Afirmando juicios de valor en bases históricas. Hay, entonces, todo un espacio para receptar y dialogar activamente la teoría del reconocimiento en su versión "progresista" "honethiana".

Las dinámicas de desprecio/reconocimiento actúan tensionando lo dado. Estas tensiones, a efectos introductorios y sin espacio aquí para desarrollarlas en profundidad pueden comprenderse a través de una serie de dualismos dinámicos que descentran desde el segundo término tensionando lo instituido hacia potencialidades de reconocimiento:

Desde el derecho como orden objetivo hacia derechos de sujetos personales, grupales, colectivos.

Desde lo instituido heterónomo hacia lo constituyente como poder popular y autónomo.

Desde derechos constituidos hacia derechos constituyentes en tanto reinterpretados, nuevos derechos emergentes, reivindicaciones de nuevos derechos todavía no objetivados jurídicamente, plurales formas de reconocer multiplicidad de dimensiones de la dignidad humana.

Desde el monismo jurídico al pluralismo jurídico de las comunidades nómicas de los pueblos y alteridades.

En este sentido resulta interesante dialogar con la distinción que propone David Sánchez Rubio entre las dimensiones instituyentes y las constituyentes[89].

[89] Sánchez Rubio, David. Materiales preliminares para una crítica del poder constituyente. 2020. Manuscrito S/F. p. 19. Lo instituyente popular mentado por David Sánchez Rubio equivale en

Desde nuestra perspectiva, existe una dimensión institucional (instituido/instituyente) que viene a ser lo dado en sus inercias y dinámicas propias que enmarcan, limitan, el poder constituyente de los pueblos. Lo instituyente lo entendemos como tendencias de cambio, pero indisponibles para la voluntad de convivencia consensual y factible de los pueblos dentro de su horizonte de posibles. Resulta ser, en nuestra perspectiva, una categoría histórica y social que nos referencia el marco en el cuál pensar entonces la factibilidad de los proyectos constituyentes en un sentido material.

Es una fenomenología de lo fáctico dado, cósmico, natural, histórico, es horizonte y límite, contra lo que se afirma y al mismo tiempo se apoya la potencia constituyente material de los pueblos en tanto que factible. Es la constatación que el poder constituyente no se ejerce por una razón arquitectónica que actúa en el vacío y diseña libremente, sino que lo hace desde una experiencia histórica, unas posibilidades fácticas desde marcos culturales y naturales, resultados de resoluciones de conflictividades, etc. Significa que no todos los cambios surgen de la voluntad sino de inercias propias del movimiento de la realidad, que no siempre son opciones disponibles para los pueblos.

También hay aquí una cuestión de sentido de las palabras que usamos: lo instituido/instituyente en tanto lo fáctico dado como marco, como lo entendemos aquí, no requiere de un "nosotros", de un grupo juramentado como conjunto práctico que comparte un proyecto contra el límite de la facticidad. En cambio, constitución y constituyente suponen, etimológicamente, en un sentido valioso que nos interesa preservar y rescatar: el instituir "con", "en" o desde un "conjunto"[90]. Es decir, supone un "nosotros" que se define frente a una estructura de reconocimiento/desprecio que se tiende a objetivar en las instituciones y sus normas.

Cuando esa actividad y voluntad instituye desde un conjunto limitado que comparte interés e ideología, que se identifica desde las exclusiones y pretende imponer, en forma heterónoma a alteridades que domina y nomina (ej. "indios", "negros", "familia", "bolitas", "paraguas" hasta las

nuestra semántica del problema a lo que aquí y en otros lugares hemos denominado Poder Constituyente Popular en un sentido material, más dinámico y abarcador que su objetivación en el Constituyente formal sea que las constituciones lo consideren originario o derivado. Noción que emparentamos con lo que Negri llama poder constituyente y Dussel denomina la *potentia*, como voluntad de convivencia consensual y factible de los pueblos. Es por lo tanto una categoría que desde su materialidad trasciende, no se dejar aprisionar por las clasificaciones del constitucionalismo liberal, vg. Poder constituyente "originario" y "derivado", ya que supone una iurisgénesis democrática y diversa desde "comunidades nómicas" plurales y usos del derecho (ej. positivismo de combate, uso alternativo, pluralismo jurídico emancipatorio), desde las organizaciones populares y movimientos sociales.

[90] Sampay, Arturo. Constitución y pueblo. Cuenca. Buenos Aires. 1974.

más diplomáticas "minorías", "grupos desaventajados"), la interpelación discursiva construye subjetividades en tanto sujeciones a la nominación y normación heterónomas.

Estamos en presencia de la función constituyente apropiada por elites coloniales, plutocráticas, oligárquicas, burocracias privadas transnacionales, etc., que se "juramentan" formal o informalmente, explícita o implícitamente en su asociación para dominar en formas de desprecio o reconocimiento sesgado, patológico, asimétrico a las formaciones de alteridad y a los pueblos. Esta función constituyente que es material, a veces se objetiva en formas de derecho como *constitution making* derivado de la intervención de potencias extranjeras e instituciones internacionales luego de conflictos armados, la *lex mercatoria*, el derecho internacional de la liberalización de los mercados de bienes y servicios, los tratados internacionales de libre comercio, las denominadas abusivamente "constituciones civiles globales", y otras formas de pluralismo jurídico derivadas de la globalización neoliberal.

Entonces esa función constituyente de heteronormación y heteroinstitución, cuando se objetiva cierra los posibles en la estructura, de tensión "hilemórfica", de dialéctica entre normalidad y normatividad, entre la fuerza normativa de la normalidad y la fuera normalizadora de la normatividad generando "cierres jurídico-formales" de la Totalidad, que pretenden sólo reconocer y cambiar desde sus propias pautas previas instituidas. Aquí a las inercias y lo dado de lo instituido/instituyente general, se complementa y concreta por mediación de una función constituyente apropiada, sustraída a los pueblos y a las alteridades de forma elitista, que hace imposible adjetivar como democráticas a las voluntades juramentadas en procesos y eventos constituyentes materiales o formales.

En cambio, cuando lo constituyente lo adjetivamos como poder, su sujeto son los pueblos que se juramentan para la institución autónoma y abren desde dinámicas de reconocimiento no suturadas, no escindidas, a las formaciones de alteridad. Esta dinámica del poder constituyente popular implica una dimensión de legitimidad democrática, que estrecha el espacio entre pretensión de legitimación y legitimidad efectiva, componiendo en forma más ajustada lo simbólico y lo performativo del derecho constitucional.

Definimos entonces el poder constituyente popular (en sentido material) como la capacidad de instituir de un pueblo o pueblos organizados sobre lo que es, lo que deber ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones de factibilidad, (que sería lo instituido incluyendo lo instituyente en tanto tendencias de cambio indisponibles para la voluntad de convivencia consensual y factible de los pueblos)[91].

[91] Medici, Alejandro. Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. P.166.

El momento constituyente o reconstituyente popular muestra la respectividad, covarianza y co-originariedad de los derechos humanos y las soberanías populares que son mediadas por objetivaciones institucionalizadas de derechos y deberes, en forma de ciudadanías. Así, las luchas por el reconocimiento y la noción misma de qué sea reconocimiento, cuáles son sus dimensiones, sus formas, avanzan hacia objetivaciones desde poder constituyente, derechos constituyentes, que hacen a la efectivización de las soberanías de los pueblos (como autonomía normativa, autonomía de los procesos de autoidentificación, y también ejercida en campos vinculados a lo que con David Sánchez Rubio, venimos llamando el "poligarantismo de los derechos": así aparecen en los discursos y luchas de los movimientos y organización populares las dimensiones sanitaria, alimentaria, ecológica de las soberanías), permitiendo la coexistencia potencial de diversos mundos abiertos.

Ahora bien, hemos abierto la noción crítica de poder constituyente de los pueblos como horizonte de liberación desde las alteridades. Pero visto desde el Sur global y específicamente desde los pueblos de Nuestra América este problema del poder constituyente supone una prioridad ética y ontológica del derecho de autodeterminación frente a la heteronormación de una matriz de colonialidad del poder que, obstinada e interesadamente, nos niega desde 1492.

Supone también la co-originariedad entre la soberanía de los pueblos y los derechos humanos, ya que es, concretamente, esta dimensión "demogenética", la que se niega. Más que pensar, como hacen frecuentemente los colegas internacionalistas, en un desarrollo de instrumentos e instituciones en el plano internacional que luego se aplican a y en los estados, sin dejar de reconocer por supuesto la importancia de esta dimensión, ni el carácter ambiguo del estado como recognoscente y principal responsable, por acción u omisión, de violaciones de derechos humanos, y el problema de los usos estatales de la soberanía, o de las "razones de estado" para tales usos y abusos de la soberanía, nosotros proponemos pensar la relación respectiva covariante entre derechos humanos y soberanías de los pueblos[92], en sus dimensiones plurales que demandan nuevos derechos (soberanía alimentaria, agua y saneamiento, servicios de salud construidos participativamente desde la interculturalidad, derechos bioculturales de los pueblos en relación, y extendidos a, sus hábitats y ambientes), que exigen el poligarantismo intercultural de los derechos humanos.

Los aspectos materiales, consensuales y de factibilidad de la convivencia en su desarrollo autónomo, es decir, soberano y los derechos

[92] Medici, Alejandro. Derechos humanos y soberanía popular. Ensayos críticos desde el Sur. Prólogo de Raúl Eugenio Zaffaroni. Editora Académica Española. 2020.

que ellos suponen, son la estructura de reconocimiento inicial desde el poder constituyente popular que se recorta contra la negación y el desprecio.

Desde ahí es posible pensar unas formas de reconocimiento que incorporan el *polilogos* de las alteridades radicales, no desde *a prioris* nortecéntricos de reconocimiento, "*constitution making as usual"*, sino desde la discusión de las propias reglas de juego y de las propias dimensiones del reconocimiento. Para ello metodológicamente resulta mucho más útil y ajustado a la existencia real de la complejidad social y el pluralismo cultural regional, partir no de la dicotomía de estado-sociedad civil, con toda la carga ideológica que ella conlleva, sino de los diversos modos de producción del poder y del derecho, que propone Santos[93], cuestión que no tenemos espacio para desarrollar aquí y queda para próximos esfuerzos, desde allí pensar las formas del reconocimiento necesarias y sus objetivaciones institucionales y jurídicas correspondientes desde las experiencias de los pueblos y las necesidades de las formaciones de alteridad.

Solamente desde un cambio en la concepción del poder constituyente formal constituido y sus reglas de juego, que exprese voluntad descolonizadora, el constitucionalismo regional podrá abrirse a la alteridad radical en una dinámica intercultural de reconocimientos. Pero ello no depende ni surge exclusivamente del derecho, ni del derecho constitucional, sino cuando devienen mediaciones para proyectos de liberación que abren la interculturalidad desde los pueblos, sus movimientos y organizaciones libres.

## Poder constituyente y reconocimiento de alteridades radicales. Por una ecológica de liberación.

Como decíamos el poder constituyente popular no actúa en el vacío. Esta aserción en el contexto de crisis ecológica supone pensar la relación de nuestras sociedades con la naturaleza desde estas dimensiones de lo instituido, lo fáctico dado, las tendencias de cambios indisponibles para los pueblos. Significa pensar límites, pero al mismo tiempo, posibilidades de apoyo contra los que recortamos esta categoría.

Es evidente que pensar esto temporalmente, viene a problematizar y a desmentir un tiempo vectorial hacia el futuro, un constituyente lanzado hacia el "progreso" linealmente. El tiempo, debe pensarse desde un poder constituyente alterativo e intercultural de forma compleja. Un poder constituyente popular situado en América Latina, como lo han demostrado las

[93] Santos, Boaventura de Sousa. Construyendo las epistemologías del Sur. Antología Esencial Vol. 2. CLACSO-Fundación Rosa Luxemburgo. Buenos Aires. 2018. p. 393 y ss.

experiencias de Bolivia y Ecuador en sus nuevas constituciones y los procesos que les dieron origen en lo material y formal, debe buscar una solución a las tensiones entre los tiempos y ciclos de regeneración de la madre tierra y sus diversos ecosistemas, los de las diversas comunidades con sus plurales metabolismo sociales y cosmovisiones de relación con sus territorios, con el tiempo uniforme lineal que se pretende imponer desde la globalidad y su realidad de depredación de los ecosistemas. Aquí el poder constituyente no puede concebirse como aceleración, progreso infinito en la colonización y depredación de la naturaleza finita. Se impone tal vez pensar el tiempo complejo de un constitucionalismo "retroprogresivo"[94]. Uno que enfrenta la complejidad sin perder los núcleos éticos que vinculan ontológicamente los mundos con la naturaleza en formas diversas y complejas, que enmarcan culturalmente diversidades sociometabolicas de sustentabilidad fuerte. No se trata sólo de recuperar experiencias diversas de relación, sino primordialmente las que existen y resisten pese a las patologías sociales y el desprecio. Todo esto es central para un constituyente material que promueva y consensue en forma exigente procesos de transiciones al posextractivismo.

Para ello, se trata de transformar los límites necesarios en relaciones con la naturaleza que preserven el pluralismo de formas de metabolismos sociales comunitarias, que sen más biomiméticas con los tiempos de reproducción de los equilibrios naturales, que reduzca la velocidad de la entropía, en procesos de reconocimiento de las alteridades radicales: se trata de lo que hemos denominado, un poco en homenaje a la semántica original de la filosofía dusseliana, una "ecológica de liberación"[95].

La constitución de la República de Ecuador presentó la novedad, en materia de constitucionalismo ecológico, de reconocer los derechos de la Paccha Mama, por otra parte, en el estado plurinacional de Bolivia, dichos derechos han sido incluidos en sendas leyes. En ambos casos este reconocimiento va en sintonía con textos constitucionales que reconocen el pluralismo de naciones que componen los respectivos estados, un conjunto de principios y reglas constitucionales que asumen el pluralismo cultural incorporando elementos de las cosmovisiones de los pueblos originarios y campesinos, desarrollando en consecuencia un marco institucional y nuevos derechos constitucionales, además de los de la paccha mama, por ejemplo, a la seguridad y soberanía alimentaria, al agua potable y al saneamiento, a la autoidentificación cultural, entre otros. Estos marcos todavía en gran parte vigentes jurídicamente se ven desmentidos por las relaciones de desprecio hacia las alteridades y

[94] Salvador Pániker. Aproximación al origen. Kairós. Barcelona. 1982.
[95] Medici, Alejandro. Ecológica de liberación. Op. cit. p. 127

la colonización de la naturaleza que los tornan crecientemente ineficaces, propias de la actual coyuntura política.

Pero lo que a nosotros nos interesa aquí es la memoria y actualidad de los procesos constituyentes populares desde las formaciones de alteridad, que tienen como antecedentes varios conflictos socioambientales que involucraron luchas frente, tanto a la (in)justicia ambiental, como frente a la (in)justicia ecológica, por seguir la distinción de Gudynas[96].

Lo cierto es que los conflictos ecopolíticos o socioambientales fueron aspectos del constituyente material que incidió en los procesos constituyentes formales, es decir una dimensión constituyente que alcanzó a dejar su huella como objetivación de nuevas formas de reconocimiento en el campo jurídico: el reconocimiento jurídico constitucional de los derechos de la naturaleza o Paccha Mama.

Se trata de una dimensión que abre la interculturalidad: alteridad ampliada a los vivientes no humanos y a la naturaleza que integra desde siempre la cosmovisión de los pueblos latinoamericanos y de muchos otros del mundo. Actualmente, la corrosividad ecológica y cultural del sistema mundo moderno colonial hegemónico los actualiza a través de las resistencias y luchas ecológicas de los pueblos originarios, de los campesinos y de las ciudadanías.

Como vimos, la cuestión de la alteridad frente a la totalidad fue planteada ética y filosóficamente por Emanuel Lévinas, pero concretada en el pensamiento latinoamericano por un conjunto de filósofos vinculados al pensamiento liberacionista en las distintas figuras de la subjetividad oprimida latinoamericana. Se trata, en la propuesta analéctica del pensamiento liberacionista de afirmar la positividad, productividad y proyectividad de dichas figuras de la alteridad más allá de la dialéctica negativa en la mismidad de la totalidad fetichizada y autorreferente de la sociedad capitalista dependiente. Las ontologías relacionales con la naturaleza o Paccha, y con los vivientes no humanos, demandan una nueva y radical concreción y expansión de la alteridad que por otra parte tiene raíces en los saberes prácticos y populares de las culturas originarias y campesinas regionales, propias de las cosmovisiones y núcleos ético-míticos de los pueblos.

Ahora bien, relacionando esta idea con las discusiones de ética ecológica, el reconocimiento de esta forma de alteridad radical plantea una comunidad moral ampliada, donde todos los vivientes y su circuito natural reproductivo, tienen dignidad. La tecnociencia ha ampliado drásticamente el alcance espacial y temporal de la acción humana, pero en forma desvinculada del pensamiento práctico moral, generando la hiper especialización éticamente descargada de saberes, con dos consecuencias negativas:

[96] Gudynas, Eduardo. Sobre los derechos de la naturaleza. Tinta Limón. Buenos Aires. 2015.

a) La pérdida de referencia a la totalidad por la especialización superlativa tiene un efecto fetichizador en un contexto de dominio de la relación social del valor que se valoriza como principal estímulo de las acciones y de las estructuras[97].

b) El encuentro con la complejidad de los efectos culturales, ecológicos y sociales de más de 500 años de sistema mundo moderno/colonial del capitalismo histórico, es enfrentada solamente desde una fe en el mito del progreso de la tecnociencia, divorciado de los ethos y experiencias sapienciales de relación entre nosotros y la naturaleza.

La especie humana se ha transformado en una fuerza geológica global, con capacidad destructiva y autodestructiva y con capacidades tecnológicas sin control de las consecuencias en términos de riesgos. El ser humano *sapiens-demens* es el único agente moral cuyas consecuencias, acciones y omisiones son sufridas por los pacientes morales, las generaciones futuras, los vivientes no humanos y la naturaleza. Ellos son sometidos a una racionalidad instrumental, sacrificial y en último término suicida[98].

La pandemia que estamos atravesando lo hace evidente. Se trata de una reacción de la naturaleza al desplazamiento de los ecosistemas, la expansión de las fronteras de los procesos de producción masiva industrial y química de alimentos, que se ensaña sobre los animales primero y genera zonas de producción y circulación de virus que luego afectan a los seres humanos.

Por lo tanto, el sujeto humano es también el único viviente que al mismo tiempo es sujeto moral, ya que debe hacerse responsable de su vida en su circuito natural con (con)vivientes humanos y no humanos, que es su forma de realidad [99]. Pero al mismo tiempo su vida se integra en un circuito natural, bio socio metabólico con la naturaleza de la que depende y forma parte. A su vez tiene un vínculo de responsabilidad que demanda un igualitarismo diacrónico con las generaciones futuras. Forma con todas estas figuras radicales de alteridad una comunidad moral y su vida es también naturaleza. Pero los vivientes no humanos, las generaciones futuras y la naturaleza son pacientes de la agencia humana actual.

La racionalidad reproductiva incorporada a los principios y derechos del nuevo constitucionalismo transformador marca límites y alternativas para un poder constituyente popular que asuma estas complejidades. *Sumak Kawsay/ Suma Qamaña* no es mera vuelta al pasado, mero romanticismo,

[97] Reichmann, Jorge. Un mundo vulnerable. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia. Libros de la Catarata. Madrid. 2005.

[98] Hinkelammert, Franz. Ensayos. Caminos. La Habana. 1999.

[99] Dussel, Enrique. 14 tesis de ética. Docencia. Buenos Aires. 2015. p.86.

sino también imaginación anticipatoria retroprogresiva, ya que no es posible pensar que el futuro sea una mera prolongación de las tendencias ecocidas del presente. Esta racionalidad reproductiva no es mera teoría, se apoya en la experiencia y saberes prácticos de amplios pueblos y culturas de coevolución y biomimésis entre comunidades humanas y naturaleza desde hace 50000 años, pero también desde aprendizajes recientes como el ejemplo de la *"florestanía"*, prácticas de ciudadanía ecológica de los *siringueiros* del Acre y de la Amazonía, que se hicieran conocidas después del asesinato de Chico Mendes, en tanto metaciudadanías ambientales[100].

La necesaria, urgente nueva constitución ecológica (conjunto de reglas y principios vinculados al bio socio metabolismo entre seres humanos, vivientes no humanos y naturaleza, como a la relación entre generaciones presentes y futuras), cuyo concepto se puede reconstruir comprensivamente desde las experiencias constituyentes y las proyecciones de las nuevas constituciones, leyes y sentencias del mundo andino, plantean la exigencia de distinguir y articular reciprocidad e interdependencia.

Reciprocidad es un principio antropológico entre agentes morales y enlaza derechos con deberes. Interdependencia es un principio holístico, biocéntrico que enlaza ecológicamente a agentes y pacientes de una comunidad moral ampliada inclusiva de la alteridad más radical: generaciones futuras, vivientes no humanos y naturaleza. Éstos no tienen agencia moral, por lo tanto, no se les puede exigir responsabilidad. Tienen dignidad, su reproducción es fundamento de los valores y de toda valoración económica o extraeconómica. De ahí el test de alteridad radical que ejercen sobre el poder constituyente popular.

## Globalización y transconstitucionalismo crítico e intercultural.

La apropiación creciente y el reforzamiento de las funciones constituyentes desde espacios globales abusa del campo semántico del constitucionalismo democrático. Estas teorías tienen sus marcos de justificación para el retaceo o apropiación de los poderes constituyentes de los pueblos, desde una sociología jurídica "posluhmaniana" que le aporta una pretendida legitimidad científica. Así aparecen las "constituciones civiles globales", "actos de comunicación y de autorregulación que producen efectos normativos y que son calificados por esta sociología como ejemplos de "autonomía reflexiva y positividad autogenerada"[101].

[100] Gudynas, Eduardo. Op.cit. pp. 206-224.

[101] Thornhill, Cristopher. Niklas Luhmann y la sociología de la constitución. En: Cadenas, Hugo, Mascarreño, Aldo y Urquiza, Anahí (Eds.) Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría. Aportes para el análisis de la complejidad contemporánea. RIL. Santiago. 2012. Pp.126-127.

Frente a este contexto, hemos sostenido la noción de transconstitucionalismo (que tomamos de Marcelo Neves[102]), pero desde una perspectiva crítica e intercultural. En primer lugar, hay que criticar las operaciones de apropiación del campo semántico del constitucionalismo, ya que este no es tal sino involucra al menos, una dimensión de relaciones y tensiones entre democracias, derechos y poderes (sean nominados constitucionalmente o fácticos innominados)[103].

En segundo lugar, no cabe ya partir de las postulaciones del dualismo jurídico (que relaciona solamente el estado nación y su derecho positivo con el derecho internacional), ni mucho menos del monismo jurídico, que, cuando aplicado al campo del derecho de los derechos humanos actúa en forma ingenua, como si existiera un ordenamiento jurídico cuyo vértice está en la "carta internacional de derechos humanos" (la Declaración de 1948, con los dos pactos gemelos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales Culturales), a la que consideran como una especie de constitución del derecho mundial. Por el contrario, es necesario partir del reconocimiento del pluralismo jurídico de la actual fase del sistema mundo moderno/colonial, donde coexisten formas de derecho con tiempos, contenidos y fines heterogéneos pero cuya articulación no es un caos, tampoco un cosmos, sino "caósmica"[104], sesgada por la hegemonía de la ideología globalista neoliberal, y los consecuentes diferenciales de eficacia de las formas de derecho globales. Estas distinciones son importantes, porque las formas jurídicas con mayor eficacia en el pluralismo jurídico mundial, pasan por las que son funcionalmente útiles a las tendencias del neoliberalismo. Infelizmente no las de derechos humanos y pluralismo jurídicos emancipatorios, aunque también las eficacias son diferentes según las escalas y los diversos modos de producción del poder y del derecho.

En tercer lugar, conviene en una perspectiva transconstitucional enfatizar las posibilidades del diálogo de fuentes que refuerza las soberanías populares y los derechos humanos en perspectiva intercultural. Es algo que, lentamente, a propósito, por ejemplo, de los derechos de los pueblos originarios se desarrolla en el *corpus iuris communis* de los órganos de aplicación regionales como son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde las luchas y las objetivaciones de reconocimiento de los derechos constitucionales de los estados parte en su fase multicultural en un proceso de recursividad transconstitucional[105].

[102] Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. Martin Fontes. Sao Paulo. 2009.

[103] Médici, Alejandro. Otros nomos. Op. cit. p.316 y ss.

[104] Santos, Boaventura de Sousa. Crítica de la razón indolente. Op.cit.

[105] Así, por ejemplo, todo el desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde Comunidad Mayagama Awas Tingni contra Nicaragua, reconociendo el carácter comunitario de

Pese a las limitaciones del paradigma posviolatorio y casuístico, la recursividad transconstitucional permite un diálogo de formas de pluralismo jurídico, (vg. En materia de derechos de los pueblos originarios, en cuanto al ejercicio de sus formas de justicia consuetudinaria y sus instituciones, su vínculo especial con sus territorios, su demanda de reconocimiento y de no afectación heterónoma de estos aspectos a través de consultas previas, libres, informadas, apropiadas culturalmente, etc., ), las constituciones nacionales en sus etapas de reconocimiento multicultural y las sentencias que las aplican, los instrumentos internacionales (Declaración de Naciones Unidas de Pueblos Indígenas y Tribales, Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, etc.). En suma, unas racionalidades analógicas en el diálogo de fuentes que pueden reforzarse para replantear el mapeo heterónomo de la vida de los pueblos en sus territorios.

La función de la constitución y del poder constituyente material que más allá del constituyente reformador formal demanda reconocimientos desde las luchas de los pueblos y las formaciones de alteridad, deviene entonces activa, aunque los contextos sean, en general, en este momento, regresivos.

La constitución, en contexto de pluralismo jurídico y promoviendo el diálogo de fuentes de las formas de derecho que objetivan formas de reconocimiento del diálogo intercultural, ya no puede entenderse como suprema por una jerarquía de normas verticales como en la metáfora de la pirámide jurídica, sino que puede interpretarse mejor como un puente de diálogo entre las plurales formas de derecho que surgen de los pueblos, como una constitución horizontal, abierta, dinámica que no se deja ceñir por el dualismo entre lo constituyente y constituido[106].

## Pendientes.

Al final es usual hacer un balance a manera de síntesis y conclusiones. En nuestro caso tenemos pendientes, problemas desde un contexto nacional,

---

la posesión y propiedad y todos los derechos emergentes del vínculo espacial de los pueblos originarios y tribales con sus territorios, se hacen posibles por una aplicación de la cláusula original de la Constitución de Nicaragua de 1986, que es la primera en nuestra región en reconocer esos derechos. Dado que el texto del Pacto de San José de Costa Rica reconoce la propiedad en su sentido tradicional, la CoIDH interpretó que los derechos declarados en el pacto son un piso y no un techo y deben interpretarse, completarse, integrarse con los derechos reconocidos por los estados parte y los instrumentos internacionales desde el art. 29b de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Esto es lo que denominamos retroalimentación o recursividad transconstitucional de doble sentido, no sólo desde el derecho internacional al constitucional de los estados-parte, sino también desde estos a la interpretación y aplicación del derecho internacional siguiendo el principio *propersona* y los criterios de progresividad-no regresividad de los derechos humanos. Medici, Alejandro. Otros nomos. Op.cit. p. 341.

[106] Medici, Alejandro. La constitución horizontal. Op.cit.

regional y global sumamente preocupante, que la pandemia que sufrimos no hace más que enfatizar y agravar al desnudar las estructuras del desprecio de nuestros mundos cotidianos. Y más que un cierre simplemente vamos a tender un puente hacia las tareas que nos quedan por delante en una reflexión que va siempre a retaguardia de los procesos y acontecimientos que nos envuelven.

Como hemos visto, las categorías de la filosofía de la liberación argentina y regional nos abren un camino para situar los problemas en nuestra realidad histórica y para construir caminos hacia un horizonte de descolonización e interculturalidad. La colonialidad es la continuidad del colonialismo por otros medios, y básicamente nos niega. Somos el resultado sincrético creativo de todos los pueblos y subjetividades expulsados de la historia. De las que lo están siendo actualmente en esta fase de globalización y exclusión, de las que lo serán en forma mediata e inmediata.

En América Latina experimentamos una fenomenología de la deshumanización, una estructura de desprecio que pesa hasta hoy. El problema del reconocimiento, al menos en el sistema mundo moderno/colonial, empieza en la "Isla de la Española" desde 1492, y su primer acontecimiento problematizador se produce con el sermón de Montesinos en 1511. La recepción crítica de la filosofía de Lévinas por el grupo argentino fundador de la vertiente analéctica de la Filosofía de la liberación critica la filosofía y la fenomenología del despliegue del "Espíritu" en la historia de Hegel, antes y en forma más radical que la "tercera generación de la escuela de Frankfurt", al hacerlo desde las alteridades de América Latina, y analógicamente del Sur global.

En esos itinerarios históricos de desprecios y reconocimientos en Nuestra América, el ciclo de movilización que generó el nuevo constitucionalismo transformador regional en la primera década de este siglo fue un momento de esperanza y apertura de esta historia trágica. Hoy volvimos en Nuestra América a un momento muy difícil de desconstitucionalización y erosión de las democracias.

Parafraseando analógicamente a David Sánchez Rubio a propósito del desencuentro entre teoría y realidad de derechos humanos: conocemos estructuras de reconocimiento abstracto, pero experimentamos situaciones cotidianas de desprecio y retaceo de humanidad.

Si la ciudadanía es la dimensión personal de objetivación por medio de instituciones y leyes de la dinámica del reconocimiento, más allá de la simbólica constitucional de igualdad/diferencia la experiencia regional marca un contraste fáctico entre grupos minoritarios de sobreciudadanos y grupos mayoritarios y plurales que viven cotidianamente subciudadanias fácticas.

Esta situación es de colonialidad no sólo porque niega derechos humanos, tanto instituidos, al menos simbólicamente, como derechos emergentes y

constituyentes. Al hacerlo, expone lo propio de la matriz de colonialidad: que al negar derechos niega también nuestra autodeterminación como pueblos. Nuestras soberanías populares.

No cabe duda, que debemos seguir pensando los derechos humanos contra el estado como responsable último, por acción u omisión, directo o indirecto de sus violaciones. Pero es urgente pensarlos también en relación con las soberanías populares.

Los pueblos son comunidades cualificadas, plurales, diversas, pluri experienciales. La negación popular rechaza el cierre y fin de los procesos históricos que desperdician las experiencias, porque afirman sus mundos. De ahí que su soberanía deba ser pensada como concreciones de autodeterminación y autoinstitución que se pueden afirmar como aspectos concretos e interrelacionados: soberanía alimentaria, sanitaria, ambiental, como bienes sociales relacionales, y traducirse al discurso de los derechos humanos. De esta forma, al vincular derechos humanos y soberanías de los pueblos, es posible un uso descolonizador de esos derechos.

Venimos insistiendo últimamente en este punto, la condición para hacer una crítica del poder constituyente constituido formalizado, de su división en originario y derivado, sobre todo de su apropiación elitista como función constituyente desde fetichismos y encriptaciones constitucionales, es comprender este abuso como un proceso colonial, que niega nuestros derechos ontológicamente prioritarios para estar y ser, de autoinstitución y de autonormación en común. Constitución como acción es autoinstitución y autonormación en común. No otra cosa es el poder constituyente popular material cuyos sujetos son los pueblos en todas sus formaciones de alteridad. La intención de estas páginas es, pese al retroceso y el contexto adverso, no perder ese horizonte que se abrió por los procesos constituyentes de principios de siglo en Nuestra América.

Para ello tenemos que recurrir a la memoria histórica de las discusiones desde los movimientos sociales y las organizaciones populares sobre los usos del derecho, sus posibilidades de apropiación y re-enunciación popular, los nuevos derechos y el pluralismo jurídico de las comunidades nómicas, que cuando avanzan en procesos de lucha por las distintas formas de entender la dignidad humana, hacen parte de la materialidad del poder constituyente popular.

El poder constituyente popular material no es, en principio, un proceso normativo jurídico estatal, con plazos y formas institucionalizadas de debate que se concretan en normas escritas (constituciones, leyes, reglamentos, etc.), sino que primero debe estar en las experiencias, en los vínculos alternativos y en las luchas de las plurales comunidades nómicas. Por eso aún en contextos adversos como el que atravesamos está latente, presente, al menos en la

memoria y experiencias que están más allá de la Totalidad. Porque la Totalidad nunca puede subsumir todos los mundos, que experimentan y generan otros *nomos*.

Entonces en el diálogo con los/las compañeros/as vamos pensando una teoría constitucional crítica, situada, pluralista, intercultural que, sin dejar de dialogar con "la teoría crítica", debe estar fundamentada desde el pensamiento filosófico latinoamericano.

Por eso hemos construido estos marcos desde la filosofía de la liberación, el giro descolonizador, una apropiación en clave intercultural de las dinámicas de reconocimiento y denuncias del desprecio: de la dialéctica del deseo desde la Totalidad y mismidad como momentos de desarrollo del *logos* imperial, a la irrupción desde las alteridades. Es necesaria una fenomenología de los sapienciales populares, desde sus estar-siendo.

Para avanzar en esta tarea, aparece la exigencia de la interculturalidad, como lo sostienen entre otros y otras, Fornet Betancourt, Salas Astrain, Alcira Bonilla, la forma de abrir, descentrar y desencriptar el estado constitucional y sus formas de reconocimiento objetivadas que encubren, cuando no son funcionales a las dinámicas del desprecio en los vínculos cotidianos que sufren las alteridades y los pueblos, es cambiar las reglas de juego, no ceñirnos solamente al reconocimiento tal como es institucionalizado y normativizado desde la mirada "nortecéntrica", por más progresista y bien intencionada que sea.

Como hemos repasado en la primera parte de este trabajo, no es sencillo romper el vínculo de nacimiento conjunto que une la filosofía de la historia con pretensiones universales, presente en el "Espíritu de la globalización", que justifica los desprecios por el éxito, por la teleología orientada al centro y fin de la historia y la narrativa de la antropogénesis de la lucha por el reconocimiento del "egopropietario blanco y varón".

Por eso lo que hay que discutir, en perspectiva de poder constituyente popular desde la soberanía de los pueblos y sus derechos, es qué es el reconocimiento, repensar sus dimensiones y sus reglas desde nuestra situación tomando como metodologías las participativas e interculturales. Esto no es fácil, se pone como objetivo abrir el estado hacia lo pluricultural, plurinacional, pasar de la antropogénesis egoísta hacia la demogénesis que sea al mismo tiempo demodiversa por practicar la interculturalidad.

Concluyendo, podría decirse que el tan repetido giro descolonizador del nuevo constitucionalismo, se juega en el límite en la dimensión del reconocimiento de las alteridades radicales que nos interpelan desde la crisis ecológica y las injusticias generadas por el extractivismo en sus diversas versiones.

La naturaleza, los vivientes no humanos, las generaciones futuras y los saberes prácticos plurales de los diversos pueblos para relacionarse con

ellas, conforman un test de alteridad radical, ecológica e intercultural del poder constituyente popular, desde donde comenzar a juzgar la racionalidad reproductiva y a demandar las estrategias de transición posextractivistas, que concreten las innovaciones del reconocimiento de los derechos de la paccha mama y los vivientes no humanos.

**FIN**

# A SAÚDE DA PESSOA IDOSA NO CONTEXTO DE PANDEMIA

Bruno Torquato de Oliveira Naves[1]
Maria de Fátima Freire de Sá[2]

> As pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julga. É evidente que são menos discriminatórias que outras violências cometidas na nossa sociedade contra trabalhadores empobrecidos, mulheres, trabalhadores precários, negros, indígenas, imigrantes, refugiados, sem abrigo, camponeses, idosos, etc. Mas discriminam tanto no que respeita à sua prevenção, como à sua expansão e mitigação. Por exemplo, os idosos estão a ser vítimas em vários países de darwinismo social. (SANTOS, 2020, p. 23).

## 1 INTRODUÇÃO

2020 tem sido um ano exigente. O mundo foi acometido pela pandemia da COVID-19, fazendo emergir situações ora inusitadas ora adormecidas, que nos dão a sensação de que a humanidade experiencia um universo paralelo.

Normas sobre a proteção do idoso se avolumaram nos últimos anos em um processo quase corriqueiro de desenvolvimento, que parecia não mais involuir. No entanto, na pandemia, a busca pela sobrevivência e o medo da falta de assistência e suporte de saúde vêm abalando a certeza da priorização do idoso ante a sua hipervulnerabilidade.

Diante da COVID-19, o discurso de prescindibilidade da vida do idoso tem sido constante e a razão deste capítulo é exatamente retomar a evolução da proteção da pessoa idosa por meio de documentos internacionais.

---

[1] Doutor (PUC Minas) e Mestre em Direito (PUC Minas); Professor no Curso de Graduação em Direito da PUC Minas e da Dom Helder Câmara; Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Dom Helder Câmara; Coordenador do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética do IEC-PUC Minas; Pesquisador do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito.

[2] Doutora (UFMG) e Mestre em Direito (PUC Minas); Professora no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas; Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética do IEC-PUC Minas; Pesquisadora do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito.

Iniciaremos com uma exposição sobre aqueles que trabalharam a saúde do idoso, vista de maneira ampla. Depois analisaremos o *Plano de Ação Internacional de Madrid sobre o Envelhecimento*, de 2002, porquanto se trata do mais completo texto internacional sobre a atenção à pessoa idosa para, em seguida, focar em dois documentos que se referem à pandemia da COVID-19 – *Declaração sobre a Solidariedade Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Pandemia da COVID-19*, da União Europeia, e *Informe sobre os Aspectos Éticos em Situações de Pandemia*, do Ministério da Saúde da Espanha – que ressaltam o princípio da não discriminação.

## 2 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE O ENVELHECIMENTO E A PESSOA IDOSA

Simone de Beauvoir, no seu tratado sobre a velhice, denunciou que esta não pode ser restringida a um período com localização precisa no tempo e no espaço. A realidade da velhice não é bem definida, pois seus elementos constituidores são fluidos e dependentes de circunstâncias mutáveis, com múltiplos aspectos, quais sejam biológicos, psicológicos, existenciais e culturais:

> Ela [A velhice] é um fenômeno biológico: o organismo do homem idoso apresenta certas singularidades. A velhice acarreta, ainda, conseqüências psicológicas: certos comportamentos são considerados, com razão, como característicos da idade avançada. Como todas as situações humanas, ela tem uma dimensão existencial: modifica a relação do indivíduo com o tempo e, portanto, sua relação com o mundo e com sua própria história. Por outro lado, o homem não vive nunca em estado natural; na sua velhice, como em qualquer idade, seu estatuto lhe é imposto pela sociedade à qual pertence. O que torna a questão complexa é a estreita interdependência desses diferentes pontos de vista. (BEAUVOIR, 1990, p. 15).

Esse ensinamento é absorvido pelas normativas internacionais sobre o idoso, na tentativa de não adotar posições reducionistas.

Em 1982, em Viena, realizou-se a *Primeira Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento*, que resultou no primeiro *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento*. O Plano convocava os Estados para "ação em assuntos como saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa." (ONU, 2020).

Em 16 de dezembro de 1991, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução n. 46, adotou os *Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas*, que trouxe, como direitos, a independência, a participação, o cuidado, a autorrealização e a dignidade.

Sobre a **independência**, o documento principiológico elencou formas de viabilizar o exercício da autonomia da pessoa idosa, garantindo-lhe informação e oportunidade para sua autossuficiência. A respeito da **participação**, estabeleceu a necessidade de integrar o idoso à sociedade, assegurando sua presença na formulação e na aplicação de políticas que lhe digam respeito, bem como de compartilhar seus conhecimentos e habilidades junto às gerações mais jovens. Sob a rubrica de **cuidados**, deu enfoque à saúde, ao bem-estar físico, mental e emocional e ao acesso aos meios de proteção daquela, com respeito à dignidade, crenças, necessidades e intimidade, bem como de decidir sobre a sua qualidade de vida. Acerca da **autorrealização**, enfatizou a necessidade de acesso aos recursos educacionais, culturais, espirituais e recreativos para o desenvolvimento de todo o seu potencial. Por fim, sobre o princípio da **dignidade**, o documento rechaçou a exploração e os maus-tratos físicos ou psíquicos, enaltecendo um tratamento livre de preconceitos. Enfim, reconheceu-se que a valorização dos idosos independia de sua contribuição econômica ou qualquer outra condição pessoal. (ONU, 1991).

Em 1992, ocorreu a *Conferência Internacional sobre o Envelhecimento*, objetivando dar seguimento ao Plano de Ação traçado 10 anos antes e que culminou com a *Proclamação do Envelhecimento*. Referido documento conclamou a comunidade internacional a dar aplicação ao *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento* e a difundir os *Princípios das Nações Unidas em favor das Pessoas Idosas*.

Após a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, de 2002, a temática voltou a ganhar fôlego na ONU e, em 2010, a Assembleia Geral, por intermédio da Resolução 65/182, estabeleceu o Grupo de Trabalho Aberto sobre o Envelhecimento (OEWGA – *Open-Ended Working Group on Ageing*).

Em 15 de junho de 2015, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, em Washington, na 45ª sessão plenária, a *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*, que ressaltou que o idoso tem os mesmos direitos e liberdades fundamentais que as demais pessoas, além de resguardá-lo de qualquer discriminação fundada na idade.

O art. 2º da Convenção define diversos termos[3] que são mencionados ao longo de seu texto e que foram condensados de modo a reforçar o cuidado

[3] Os termos citados são: abandono, cuidados paliativos, discriminação, discriminação múltipla, discriminação por idade na velhice, envelhecimento, envelhecimento ativo e saudável, maus-tratos, negligência, idoso, idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo, serviços sociossanitários integrados, unidade doméstica e domicílio e velhice. (OEA, 2015).

para com a pessoa idosa. Importante frisar que esses termos, e muitas das questões abordadas, já estão disseminados em legislações constitucionais e infraconstitucionais de vários Estados. Tais termos demonstram a necessidade de efetivação dos direitos e fortalecimento das ações de emancipação e promoção da pessoa idosa e voltam-se, em sua maioria, à saúde do idoso, entendida como bem-estar físico, psíquico e moral.

Do art. 5º ao art. 31, sobressai a preocupação dos Estados-membros com os aspectos existenciais da pessoa idosa, inobstante a presença, em menor medida, de conteúdo patrimonial. Tomando-se por base o art. 19, que elenca os compromissos que os Estados-partes deverão implementar para efetivação do direito à saúde, a Convenção ainda aborda a construção da autonomia no fim da vida, citando as diretivas antecipadas e os cuidados paliativos.

Este art. 19 da *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos* ainda estabelece que os Estados-partes se comprometem a promover serviços de cuidados paliativos e acesso a medicamentos em geral, inclusive aqueles necessários aos cuidados paliativos.

Nos dias 12 e 13 de novembro de 2018, especialistas do Grupo de Trabalho Aberto sobre o Envelhecimento (OEWGA) reuniram-se, em Viena, e proclamaram o direito do idoso a iguais oportunidades, com ênfase à sua integração junto a tecnologias, como forma de impedir a segregação e o isolamento social, na *Declaração Internacional de Direitos Humanos das Pessoas Idosas*.

A Declaração reconhece que, não raro, há discriminação etária quanto à aprendizagem, representando, a idade avançada, um obstáculo ao domínio das novas tecnologias, cujo controle é detido, principalmente, pelas novas gerações[4].

O documento traz, ainda, uma importante referência ao consentimento prévio e contínuo à introdução, ao uso e à retirada de tecnologias, destacando, inclusive, aquelas que se destinam ao prolongamento da vida.

O idoso, na construção da sua pessoalidade, tem a faculdade de escolher o que melhor lhe convier: aprender com as novas tecnologias ou ficar à margem delas. Por isso a *Declaração* retrata o direito da pessoa idosa de se envolver no processo de desenvolvimento, fornecimento e monitoramento do uso de tecnologias, de acordo com suas necessidades e preferências.

[4] "Bear in mind that technologies have the potential to transform the way support is provided to older people, maintain or strengthen their capabilities, enable them to live autonomous, independent and dignified lives, improve their emotional well-being and increase opportunities for education and lifelong learning and participation in society on an equal basis with others." Tradução nossa: Lembre-se de que as tecnologias têm o potencial de transformar a maneira como o apoio é oferecido às pessoas idosas, manter ou fortalecer suas capacidades, permitir-lhes viver vidas autônomas, independentes e dignas, melhorar seu bem-estar emocional e aumentar as oportunidades de educação e aprendizagem ao longo da vida e participação na sociedade em igualdade de condições com os outros. (ONU, 2018).

## 3 PLANO DE AÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O ENVELHECIMENTO, DE MADRI

Em 2002, foi realizada, em Madri, a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, com o escopo de desenvolver políticas internacionais para o envelhecimento projetadas ao século XXI. A Assembleia adotou a *Declaração Política* e o *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento* de Madrid.

Na *Declaração Política*, com 19 artigos, os Estados participantes reiteraram o compromisso feito nos documentos anteriores e estabeleceram três direções prioritárias: às pessoas idosas e em desenvolvimento; à promoção da saúde e o bem-estar na velhice; e ao proveito de ambientes emancipadores e propícios.

A *Declaração Política* serviu como preâmbulo ao segundo *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento*. Este último é bastante completo e envolve aspectos até então não abordados nos documentos anteriores, como a solidariedade intergeracional; os cuidados com a saúde do idoso, voltados para a prevenção e a reabilitação, enfatizando, inclusive, o potencial de pesquisas e conhecimentos científicos e tecnológicos em favor do idoso; e a preocupação em relação aos indígenas idosos. (ONU, 2002).

Logo na "Introdução", em seu tópico 12, o Plano de Ação destaca, entre seus temas centrais, os seguintes:

> g) O reconhecimento da importância decisiva que têm para o desenvolvimento social as famílias e a interdependência, a solidariedade e a reciprocidade entre as gerações;
>
> h) A atenção à saúde, o apoio e a proteção social das pessoas idosas, incluídos os cuidados na prevenção e na reabilitação da saúde; [...]
>
> j) A utilização das pesquisas e dos conhecimentos científicos e o aproveitamento do potencial da tecnologia para considerar, entre outras coisas, as consequências individuais, sociais e sanitárias do envelhecimento, em particular nos países em desenvolvimento;
>
> k) O reconhecimento da situação das pessoas idosas pertencentes às populações indígenas, suas circunstâncias singulares e a necessidade de encontrar meios para que tenham voz eficaz nas decisões que lhes afetam diretamente.[5] (ONU, 2002, tradução nossa).

[5] "g) El reconocimiento de la importancia decisiva que tienen para el desarrollo social las familias y la interdependencia, la solidaridad y la reciprocidad entre las generaciones;

h) La atención de la salud, el apoyo y la protección social de las personas de edad, incluidos los cuidados de la salud preventivos y de rehabilitación;

Ao tratar do "Desenvolvimento rural, migração e urbanização", o documento ressalta dois problemas de ambientes opostos. De um lado, o constante êxodo dos jovens adultos, que se apartam de seus familiares idosos, para buscar melhores alternativas de vida, deixando-os desamparados. De outro lado, os próprios idosos, que migram da zona rural para as grandes cidades, encontram superpopulação, pobreza e desamparo. Este desamparo se dá pela ausência de uma rede de apoio, normalmente ofertada pela família estendida, que costuma manter laços mais estreitos no meio rural. (ONU, 2002).

Uma vez detectados os problemas, o documento propõe medidas para que se alcancem os seguintes objetivos: melhoramento das condições de vida e da infraestrutura das zonas rurais; redução da marginalização das pessoas idosas em zonas rurais; e integração dos migrantes de idade avançada em suas novas comunidades. (ONU, 2002).

Em que pesem os vários documentos internacionais se ocuparem de questões relativas à saúde do idoso, no *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento* há um enfrentamento mais rigoroso de problemas claros:

> Os investimentos em cuidados de saúde e reabilitação para idosos prolongam seus anos de atividade com boa saúde. O objetivo final é um *continuum* de cuidados que abranja desde a promoção da saúde e prevenção de doenças até a prestação de cuidados primários de saúde em igualdade de condições, tratamento de doenças agudas, reabilitação e atendimento comunitário de problemas crônicos de saúde, reabilitação física e mental de idosos, incluindo idosos com deficiência, e cuidados paliativos para idosos com doenças graves ou incuráveis. O cuidado efetivo dos idosos requer a integração de fatores físicos, mentais, sociais, espirituais e ambientais.[6] (ONU, 2002, tradução nossa).

[…] j) La utilización de las investigaciones y los conocimientos científicos y el aprovechamiento del potencial de la tecnología para considerar, entre otras cosas, las consecuencias individuales, sociales y sanitarias del envejecimiento, en particular en los países en desarrollo;

k) El reconocimiento de la situación de las personas de edad pertenecientes a poblaciones indígenas, sus circunstancias singulares y la necesidad de encontrar medios de que tengan una voz eficaz en las decisiones que les afectan directamente." (ONU, 2002).

[6] "Las inversiones destinadas a la atención de la salud y la rehabilitación de las personas de edad prolongan sus años de actividad en goce de buena salud. El objetivo último es un continuo asistencial que va desde la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad hasta la prestación de atención primaria de salud en condiciones de igualdad, el tratamiento de enfermedades agudas, la rehabilitación, la atención comunitaria de los problemas crónicos de salud, la rehabilitación física y mental de las personas de edad, incluidas las personas de edad con discapacidades, y la atención paliativa para las personas de edad que padecen enfermedades penosas o incurables La atención eficaz de las personas de edad requiere la integración de los factores físicos, mentales, sociales, espirituales y ambientales." (ONU, 2002).

Veja-se a importância da explanação, que traz a necessidade de completa proteção à saúde do idoso, na atenção integral, na inserção de cuidados paliativos em pessoas com doenças graves e incuráveis, na abordagem de pacientes idosos com deficiência e na reabilitação física e mental.

## 4 DECLARAÇÃO SOBRE A SOLIDARIEDADE EUROPEIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 (UNIÃO EUROPEIA) E INFORME SOBRE OS ASPECTOS ÉTICOS EM SITUAÇÕES DE PANDEMIA (ESPANHA)

Causou perplexidade a avalanche de notícias veiculadas, tanto pela mídia tradicional quanto digital, sobre a situação do idoso na COVID-19. Primeiro, vieram as proposições italianas – não se sabe se assim ocorreu – de deixar que os idosos morressem para que os jovens sobrevivessem, numa verdadeira banalização da ideia da prescindibilidade da vida do idoso.

Alguns casos ilustram essa afirmação. Uma senhora de 90 anos, belga, infectada pelo novo coronavírus, renunciou ao ventilador para que este fosse utilizado em pacientes jovens. Sem a possibilidade de receber visita da filha, deixou a mensagem: "você não pode chorar. Você fez tudo o que pôde. Eu tive uma vida boa". (EXTRA, 2020).

É possível acreditar que esta senhora, de fato, escolheu a morte. A Bélgica é um país, como a Holanda, a Suíça e outros, em que a consciência da morte é muito forte, e essas escolhas são legítimas. O que não se pode incentivar é a divulgação que insinue que o idoso deva tomar "atitudes altruístas" para beneficiar outros, abrindo mão da própria vida, ao argumento de *ter vivido mais tempo*.

Em um asilo em Dorval, próximo à cidade de Montreal, idosos foram abandonados à própria sorte, em meio à disseminação do coronavírus. Ao presenciarem o óbito de muitas pessoas que ali viviam, os funcionários da casa de saúde interromperam o trabalho e abandonaram os pacientes, sem qualquer comunicação. Segundo as notícias veiculadas, aqueles que sobreviveram foram encontrados em condições desumanas e degradantes, com fome e sede, sem higiene e espalhados pelo chão. Havia, ainda, um "saldo" de dois corpos mortos deixados nas camas. (CRAVEIRO, 2020).

Com o objetivo de enfrentar situações como estas, o *Grupo Europeu de Ética na Ciência e Novas Tecnologias da União Europeia* estabeleceu a *Declaração sobre a Solidariedade Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Pandemia da COVID-19*[7], com ênfase em quatro aspectos fundamentais, quais

[7] Esta Declaração da União Europeia foi analisada em vídeo produzido pelo Centro de Estudos em Biodireito, com a participação dos professores Bruno Torquato de Oliveira Naves, Iara Antunes

sejam: solidariedade para com os mais necessitados; confiança e transparência; reforço de valores; e pesquisa e inovação. (EUROPEAN UNION, 2020).

O documento reconhece que a crise afeta pessoas e regiões de diferentes maneiras. No entanto, ressalta que a vulnerabilidade e a confiança uns nos outros é o que fortalece o sentimento europeu diante da pandemia da COVID-19 e, por essa razão, considera a proteção da saúde humana como maior prioridade, no sistema de valores da União Europeia, do que os interesses econômicos. (EUROPEAN UNION, 2020).

As medidas adotadas pelos governos, para serem efetivas, devem ser continuadas e fortalecidas.

Voltando-se para a solidariedade entre os Estados-membros da União Europeia, a Declaração manifesta o dever de compartilhamento de recursos de saúde daqueles que têm mais com os menos favorecidos.

Há, também, uma preocupação política com a democracia e a manutenção dos direitos fundamentais, que podem ser temporariamente suspensos como medida de proteção à saúde. Por isso, quaisquer limitações têm que ser circunstanciadas no tempo, a fim de evitar a usurpação do poder ou a extinção das proteções de direitos e liberdades. (EUROPEAN UNION, 2020).

Na Espanha, o Ministério da Saúde, em uma declaração redigida pelos professores Carlos María Romeo Casabona e Asier Urruela Mora, emitiu o *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*[8], com proposições mais concretas de enfretamento da pandemia.

O documento inicia com a explicação de sua elaboração pelo Grupo de Trabalho, constituído pelo Ministério da Saúde da Espanha, para análise dos aspectos éticos decorrentes de situações de pandemia. Conclusões e recomendações são emitidas ainda no preâmbulo do documento para, só então, trazer abordagens acerca de provas de infecção pelo vírus; prioridades na admissão e tratamento de pacientes suspeitos de serem acometidos pela doença; critérios de admissão de pacientes com sintomas graves em unidades de cuidados intensivos e utilização de ventilação mecânica; decisões sobre cuidados intensivos de pacientes vulneráveis; e disponibilidade e recrutamento de agentes sanitários. (ESPAÑA, 2020).

---

de Souza e Maria de Fátima Freire de Sá e divulgado nas contas de Instagram respectivas (@ btonaves, @mariadefatimafreiredesa e @souza_iara_antunes) em 5 de abril de 2002, com o título "Diálogo 3 Coronavírus: Limitação de Direitos Fundamentais".

[8] Esta Declaração da União Europeia foi analisada em vídeo produzido pelo Centro de Estudos em Biodireito, com a participação dos professores Bruno Torquato de Oliveira Naves, Iara Antunes de Souza e Maria de Fátima Freire de Sá e divulgado nas contas de Instagram respectivas (@ btonaves, @mariadefatimafreiredesa e @souza_iara_antunes) em 9 de abril de 2002, com o título "Diálogo 5 Coronavírus: Aspectos Éticos do COVID-19 na Espanha".

O documento é extremamente relevante por não se ocupar apenas de aspectos gerais, mas por se deter em problemas específicos que a assistência à saúde, naquele momento, ansiava por respostas. Conclui pela adoção dos princípios de equidade, não discriminação, solidariedade, justiça, proporcionalidade e transparência. Tais princípios servirão para a constante reorientação dos profissionais envolvidos na pandemia diante de eventuais mudanças na sua evolução.

Dentre as recomendações, encontram-se critérios gerais, quais sejam: 1º) a não discriminação por nenhum motivo alheio à situação clínica do paciente e suas expectativas objetivas de sobrevivência; 2º) o máximo benefício na recuperação de vidas; 3º) a gravidade do estado de enfermidade do paciente, que evidencie a necessidade de cuidados intensivos; 4º) as expectativas objetivas de recuperação em curto prazo, levando-se em conta as comorbidades; e 5º) a ordem temporal de entrada no sistema de saúde, que nunca deve ser considerada isoladamente e nem se sobrepor aos demais critérios. (ESPAÑA, 2020).

Para evitar a ocorrência das graves situações como as narradas no início deste tópico (a renúncia de ventilador pela senhora belga e o abandono de idosos no asilo canadense), o Informe é incisivo na observância da não discriminação por quaisquer motivos, inclusive de idade.

> 10ª Debe subrayarse la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados **en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos.** En este sentido, excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 de la Constitución española). En este sentido, **los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular**. **Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas**, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo.
>
> Argumentos semejantes son aplicables con el fin de proscribir cualquier discriminación por motivos tales como la discapacidad en cualquiera de sus manifestaciones, o la que pueden sufrir determinados colectivos de menores de edad. (ESPAÑA, 2020, grifos nossos).

Ambos os documentos reforçam a ideia de solidariedade e de responsabilidade, tanto no sentido de planejamento adequado quanto na manutenção da democracia e proteção dos direitos fundamentais.

## 5 CONCLUSÃO

Estamos todos no mesmo barco?

Se pensarmos na etimologia da palavra *pandemia*, sim. Unem-se duas palavras gregas *pan* (todo) e *demos* (povo), com o sentido de "todo o povo". No entanto, a pandemia não é cega. Ela vê condições prévias de saúde e faixa etária, e delas se aproveita.

Ao longo do tempo, registrou-se um maior reconhecimento da hipervulnerabilidade do idoso e isso se confirma na formulação de vários documentos internacionais, com o intento de construir políticas públicas e normas internas adequadas, com valorização da temática.

Após uma breve evolução dos principais documentos internacionais, ressaltamos o conteúdo de três deles: o *Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento*, acordado em Madri, em 2002, em Assembleia das Nações Unidas; a *Declaração sobre a Solidariedade Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Pandemia da COVID-19*, da União Europeia; e o *Informe sobre os Aspectos Éticos em Situações de Pandemia*, do Ministério da Saúde da Espanha. O primeiro é o principal documento internacional sobre envelhecimento, com amplo espaço para a saúde das pessoas idosas. Os demais se atêm a aspectos de saúde em tempos de pandemia.

A abordagem da saúde do idoso deve partir de uma perspectiva ampla, não apenas sob o ponto de vista biológico, mas também psicológico e existencial. Na pandemia, a fragilidade se mostra com múltiplas dimensões para todas as pessoas, sobretudo daquelas hipervulneráveis, porquanto a excepcionalidade da situação não pode servir de fundamento para se excepcionar a pessoa idosa na assistência à saúde, simplesmente em razão de sua longevidade.

Viver mais não pode ser um castigo a justificar discriminação. Equidade e solidariedade devem nortear a implementação de políticas públicas adequadas.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

CRAVEIRO, Rodrigo. A face mais cruel da pandemia abandono de idosos choca o mundo. **Correio Braziliense**, Brasília, 19/04/2020, 08:00. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/04/19/interna_mundo,846062/a-face-mais-cruel-da-pandemia-abandono-de-idosos-choca-o-mundo.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

mao-de-respirador-eu-ja-tive-uma-vida-boa-24341874.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad. **Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia**: El SARS-CoV-2. Madrid, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.covid-19.seth.es/wp-content/uploads/2020/04/Aspectos_eticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

EUROPEAN UNION. Commission Union. European Group on Ethics in Science and New Technologies. **Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic**. Jun. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/ege/ec_rtd_ege-statement-covid-19.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

EXTRA. Idosa de 90 anos com coronavírus abre mão de respirador: Eu já tive uma vida boa. **Extra**, Rio de Janeiro, 31/03/20 21:55. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/idosa-de-90-anos-com-coronavirus-abre-

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaios sobre a velhice**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Diálogo 3 Coronavírus**: Limitação de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=taKBuMiV12w>. Acesso em: 23 jun. 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Diálogo 5 Coronavírus**: Aspectos Éticos do COVID-19 na Espanha. Belo Horizonte, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=taKBuMiV12w>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **United Nations Principles for Older Persons**. 1991. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/91>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento**. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/documents/ageing/MIPAA/political-declaration-sp.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana Sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640494>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Conference Declaration**: International Expert-Conference on Human Rights of older Persons. 2018. Disponível em: <http://ageing.at/site/pub_html/sites/default/files/ICHRoP%20Conference%20Declaration%20Final_0.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **A ONU e as pessoas idosas**. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra, Almedina, 2020.

# O PANÓPTICO PÓS MODERNO NO TRABALHO

Maria Cecília Máximo Teodoro[1]
Karin Bhering Andrade[2]

**RESUMO:** O Panóptico de Jeremy Bentham, passando pela "sociedade disciplinar" na Biopolítica de Foucault e pela "sociedade de controle" de Deleuze, nunca foi tão atual. Embora com novos contornos dados pela tecnologia, a inexorável passagem da sociedade industrial à sociedade do controle, estabeleceu, por meio do algoritmo, uma nova lógica de acumulação. Nela, a nova moeda é não somente o excedente da força de trabalho, mas sim a extração dos dados dos usuários das novas tecnologias. Com um novo petróleo, mas totalmente vinculado à pessoa humana, a informação, os hábitos, desejos, a subjetividade da pessoa, alimentam este novo modelo extremamente rentável, concorrido e de pureza questionável. Isto porque usuários das redes de computadores e trabalhadores alienam seus dados acrítica e voluntariamente, abrindo o livro de suas subjetividades sem saber o destino, como será o tratamento destas informações e como elas podem afetar suas próprias vidas. O vínculo de emprego apresenta-se como importante fonte de coleta de dados, em razão da abrangência e dos desdobramentos do poder empregatício, que permite à empresa monitorar seu trabalhador que, constantemente controlado, dentro e fora do trabalho, acaba por alienar sua subjetividade através da entrega da sua privacidade, seu direito a desconexão, seu tempo de lazer e quiçá a sua felicidade e liberdade. Seria a pós-modernidade chegando à extração da mais valia, que não se restringe tão somente ao excedente da força de trabalho, parecendo alcançar por completo a própria subjetividade do trabalhador.

[1] Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES; Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da PUC/MG; Líder do grupo de pesquisa RED - Retrabalhando o Direito; Pesquisadora; Autora de livros e artigos; Advogada. E-mail: cecimax@pucminas.br.

[2] Mestranda na Linha de Pesquisa Trabalho, Democracia e Efetividade na Pontifícia Universidade Católica (PUC- Minas). Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Professora de Deontologia Jurídica no Centro de Estudos Isadora Athayde. Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhista da OAB/MG. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG. Membro do grupo de pesquisa RED-Retrabalhando do Direito. Pesquisadora; Advogada. E-mail: karinbhering@gmail.com

**Palavras-chave:** Vigilância. Mais valia. Panóptico de Bentham.

**ABSTRACT:** Jeremy Bentham's Panopticon, passing through the "disciplinary society" in Foucault's Biopolitics and Deleuze's "control society", has never been so current. Although with new contours given by technology, they are part of the inexorable passage from industrial society to the society of control, which, through the algorithm, establishes a new logic of accumulation. In it, the new currency is not only the surplus of the workforce, but the extraction of data from users of new technologies. With a new oil, but totally linked to the human person, the information, habits, desires, subjectivity of the person feed this extremely profitable, competitive and questionable new model. This is because computer network users and workers alienate their acritical data, voluntarily and innocently, opening the book of their subjectivities without knowing their fate, what their information will be like, and how it can affect their own lives. The employment bond is an important source of data collection, due to the scope and consequences of the employment power, which allows the company to monitor its worker who, constantly controlled, inside and outside the work, ends up alienating his subjectivity through giving up your privacy, your right to disconnect, your leisure time and perhaps your happiness and freedom. It would be postmodernity reaching the extraction of surplus value, which is not restricted only to the surplus of the workforce but seems to completely reach the subjectivity of the worker himself.

**Keywords**: Surveillance. Added value. Bentham Panopticon.

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos na era da informação, propiciada pelas novas tecnologias. As pessoas estão constantemente conectadas, seja via *Internet* ou em alguma rede social, como o *Instagram*, *Facebook ou linkedin.* Esta tecnologia, no entanto, parece carregar em si, uma grande contradição, pois ao mesmo tempo em que ela liberta – permitindo acesso a todo e qualquer tipo de informação em tempo real, conectando-se a qualquer pessoa, a qualquer tempo, de qualquer lugar do mundo – ela também parece aprisionar – tornando as pessoas cada vez mais dependentes, mais controladas, mais vigiadas, mais alienadas, transformando-as em "fantoches" de um sistema que coleta seus dados e cria necessidades.

A vida no trabalho e a vida privada também parecem carregar uma contradição, por vezes se confundindo, deixando de ser vidas distintas e clivadas, mostrando-se cada vez mais tênue a linha que as separa.

Na medida em que não mais se desconecta, a *Internet,* as redes sociais, os aparelhos eletrônicos, bem como os computadores e celulares, passam

a funcionar como partes dos nossos corpos – assim como são os braços, as pernas e as cabeças.

A imagem passa a ser o principal valor a ser cultivado, cuidado, vendido e comprado. A supervalorização do "eu virtual" leva à exposição completa, por vezes involuntária, como de quem busca uma autoafirmação. No *Instagram*, por exemplo, fotos são postadas com a pretensão de ganhar os famosos *likes*[3]. Através das redes sociais, explicitam-se as subjetividades, nelas as pessoas mostram seus hábitos, seus desejos, seus atos, sua vida privada.

Mas na nova lógica de acumulação capitalista, empresas como *Instagram*, *Facebook*, *Google, etc.,* fazem da captura destas subjetividades a nova moeda do capitalismo, tornando-as extremamente lucrativas, mediante a constante vigilância dos seus usuários.

No capitalismo típico, o trabalhador aliena sua força de trabalho para terceiro em troca de uma contraprestação e o capital, através do excedente da força de trabalho, extrai o que Marx denomina de mais-valia.

Na nova lógica de acumulação, o capital utiliza-se do excedente da força de trabalho mas também da extração dos dados de seus usuários para obter lucro. Os usuários, por sua vez, alienam seus dados, suas subjetividades sem saber para quem, para aonde irão e como isso poderá afetar as suas vidas.

O presente ensaio, portanto, pretende analisar como o controle acentuado da nova lógica de acumulação afeta o trabalhador e propõe, como se verá, que uma mudança no agir e a tomada de consciência no âmbito das relações de trabalho, desde um horizonte de análise que privilegie a pessoa trabalhadora, conforme compreende Michael Löwy, a fim de lograr possíveis melhorias e limites para o excesso de controle e vigilância nos dias de hoje.

## 2 O NOVO MECANISMO DE VIGILÂNCIA NA ERA DA ACUMULAÇÃO

O modelo econômico global, baseado numa nova lógica de acumulação, parece colonizar o Estado fazendo abandonar o projeto de proteção social e falhar com os trabalhadores. O poder de grandes corporações conquistou governos, que agem contra os direitos e interesses de seus próprios trabalhadores.

[3] O aplicativo anunciou que fará testes escondendo o número de likes, a fim de estimular o conteúdo e não a busca por estatísticas. "De acordo com o Instagram, a alteração começou nesta quarta e vai remover não só o número total de curtidas, mas também as visualizações em vídeos. 'Não queremos que as pessoas sintam que estão em uma competição dentro do Instagram e nossa expectativa é entender se uma mudança desse tipo poderia ajudar as pessoas a focar menos nas curtidas e mais em contar suas histórias', informou a plataforma". Disponível em: < https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/instagram-testa-deixar-de-exibir-curtidas-em-postagens-entenda-o-porqu%C3%AA-1.728300 > Acesso em 19/07/2019.

Sodré chama esse novo fenômeno social de "sociedade incivil", caracterizando-a como uma nova modalidade de máquina tecnossocial. Nesta malha não há mais apenas a máquina Estatal, mas ainda todas as máquinas organizacionais, tais como empresas, fundações "do capital, comprometidas com a reorganização do mundo pela tecnociência e pelo mercado, assim como informacionalmente articuladas".

Dessa alivanhagem da tessitura pública e econômica surgiria a ideia de midiatização, como um "fenômeno complexo e politicamente avesso à regulação do Estado e parceiro de formas novas de institucionalização". Nestas circunstâncias o capitalismo financeiro mostra sua hegemonia usando dos algoritmos e do biopoder, fazendo emergir "uma espécie de ponta-cabeça da velha *sociedade civil*, onde mutações socioeconômicas desconstroem os laços representativos entre povo e Estado — portanto, a política em sua forma parlamentar — em benefício de formas tecnológicas e mais abstratas de controle social" (SODRÉ).

Delineia-se o atual modelo de comércio, vinculado mediante cadeias de suprimentos globais, em mercados altamente competitivos e de baixo custo e que leva à criação de postos de trabalhos pelas empresas transnacionais frequentemente mediante exploração sem padrões de trabalho decentes, inclusive com o uso da escravidão moderna, criando uma multidão de miseráveis vivendo com baixos salários, trabalhos à curto prazo, precários e em ambientes de trabalho inseguros.

Nas palavras de Ricardo Antunes "estamos vivendo a acumulação primitiva da era digital" (ANTUNES, 2019). Em análise sobre o tema, Shoshana Zuboff define essa nova lógica de acumulação a partir do *big data* e diz que este "é, acima de tudo, o componente fundamental de uma nova lógica de acumulação, profundamente intencional e com importantes consequências," denominada pela autora de "*capitalismo de vigilância*" (ZUBOFF, 2018, p. 18). Para ela, "essa nova forma de capitalismo de informação procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado" (ZUBOFF, 2018, p. 18).

A tese analisa a *Google* que foi "a pioneira do *big data* e com a força desses feitos também foi a pioneira na lógica de acumulação mais ampla [...] de capitalismo de vigilância, da qual o *big data* é tanto uma condição quanto uma expressão." Tal lógica de acumulação também é compartilhada por empresas como o *Facebook, startups* e aplicativos (ZUBOFF, 2018, p. 24-25).

A Google é o exemplo por excelência da mudança de trajetória que a fez passar a usar a tecnologia a favor da vigilância. Para gerar mais lucros e prevendo que o modelo de serviços pagos poderia ter efeitos no crescimento do número de usuários, a Google optou por um modelo de propaganda (ZUBOFF, 2018). Mas para tanto percebeu que deveria passar da fase de

captura do maior esforço físico para a captura do produto da cooperação social (FUMAGALLI; LUCARELLI, 2007). Assim, empreendeu tecnologia para a aquisição de dados de usuários como matéria-prima para análise e produção de algoritmos que poderiam vender e segmentar a publicidade por meio de um modelo de leilão exclusivo, com precisão e sucesso cada vez maiores. (ZUBOFF, 2018, p. 32).

Um exemplo disso é o *Street View* da *Google*, lançado em 2007. "Autoridades alemãs descobriram que, entre outros problemas, os carros do Street View estavam equipados com escâneres ativados para extrair dados de redes sem fio privadas" (K.J.; C.C., 2014, *apud* ZUBOFF, 2018, p. 28-29). Em processo movido contra a *Google*, concluiu-se que "a empresa participou na coleta não autorizada de dados de redes sem fio, incluindo dados de redes Wi-fi privadas de usuários de internet residencial [...]" e "que a Google interceptou intencionalmente dados com fins comerciais e que muitos engenheiros e supervisores da empresa revisaram o código-fonte e os documentos associados ao projeto" (EPIC, 2014, *apud* ZUBOFF, 2018, p. 28-29). A *Google* firmou um acordo de 7 milhões de dólares que, para uma empresa desse porte, não significa nada (ZUBOFF, 2018, p. 29).

Outro exemplo pode ser tirado do New York times. Segunda a publicação a Uber passou a adotar vídeos de filmagens dentro dos veículos para resolver disputas entre motoristas e passageiros e melhorar a segurança. Assim a empresa passou a registrar alguns passeios como parte de uma ampla iniciativa para capturar dados mais objetivos sobre o que acontece dentro dos veículos.

> Por vários meses, alguns passageiros do Uber no Texas foram gravados em vídeo, quando foram levados para seus destinos. O vídeo foi armazenado on-line e poderia ter sido analisado por membros da equipe de segurança da Uber se o motorista tivesse relatado um problema com o passageiro.
>
> As gravações de vídeo fazem parte de uma ampla iniciativa da empresa de carona para capturar dados mais objetivos sobre o que acontece dentro dos veículos durante as viagens do Uber, onde disputas entre pilotos e motoristas geralmente acontecem sem testemunhas.
>
> A Uber sofreu anos de reclamações sobre a segurança de seus passageiros e motoristas, que costumam resolver episódios sem a ajuda da empresa, e resolveu ações alegando que não faz o suficiente para proteger os passageiros. Mas, à medida que o Uber aumenta a prática de gravar motoristas e passageiros, a empresa enfrenta novas pressões sobre a privacidade. "O Uber já possui esse tesouro de dados altamente pessoais sobre pessoas", disse Camille Fischer, advogada da Electronic Frontier Foundation. "Quando você monitora a vigilância durante essas viagens, seja sobre o motorista ou sobre

> o passageiro, você obtém uma imagem mais detalhada da vida diária das pessoas" (CONGER, 2019, *online)*.

Com requinte jurídico e linguístico, as empresas de plataformas digitais, a fim de se apropriarem de um trabalho desprotegido e dos dados sensíveis aos seus "*apps*", tentam se mostrar inseridas no modelo de economia solidária e passar a ideia de consumo colaborativo, mas o que se mostrará a seguir é que, na verdade, há o refinamento do Panóptico de Bentham, numa mescla da sociedade da disciplina de Foucault e do controle de Deleuze.

Portanto, seu "*modus operandi* consiste em fazer incursões em territórios privados não protegidos até que alguma resistência seja encontrada" (ZUBOFF, 2018, p. 30). A empresa "coloca a inovação à frente de tudo e resiste a pedir permissão" (D. Streitfeld, 2018, *apud* ZUBOFF, 2018, p. 30). Ela portanto "esgota seus adversários no tribunal ou eventualmente concorda em pagar multas que representam um investimento negligenciável para um retorno significativo" (ZUBOFF, 2018, p. 30). Essa prática é denominada por alguns de "imperialismo de infraestrutura" (S., 2011, *apud* ZUBOFF, 2018, p. 30).

Diante dessa nova lógica de acumulação adotada por empresas como a *Google* "populações não são mais necessárias como fonte de clientes ou funcionários. Os anunciantes são seus clientes, junto com outros intermediários que compram suas análises de dados" (ZUBOFF, 2018, p. 37).

Nas palavras de Varian, *Chief Economist* da *Google: "*Como as transações são agora mediadas pelo computador, podemos observar comportamentos que anteriormente não era observáveis e redigir contratos sobre esses comportamentos" (H.R., *apud* ZUBOFF, 2018, p. 41). De acordo com ele:

> [...] se alguém parar de pagar as parcelas mensais do carro, o credor pode "instruir o sistema de monitoramento veicular a não permitir que o veículo seja iniciado e sinalizar o local onde ele pode ser retirado". As companhias de seguros, ele sugere, podem contar com sistemas de monitoramento similares para verificar se os clientes estão dirigindo com segurança e, assim, determinar se devem ou não manter o seguro dele ou lhe pagar o prêmio da apólice. Ele também sugere que se podem contratar agentes locais remotos para executar tarefas e usar dados de seus *smartphones* - geolocalização, marcação de honorário, fotos - para "provar" que eles realmente realizaram suas atividades conforme previsto no contrato. (O.E., 1885, *apud* ZUBOFF, 2018, p. 41)

O *Big Other é o nome de batismo dessa* nova arquitetura universal que existe em algum lugar entre a natureza e a Deus e configura-se como um ubíquo regime institucional em rede que registra, modifica e mercantiliza a experiência cotidiana, desde o uso de um eletrodoméstico até seus próprios

corpos, da comunicação do pensamento, tudo com vista a estabelecer novos caminhos para a monetização e o lucro. O *Big Other* é o poder soberano de um futuro próximo que aniquila a liberdade alcançada pelo Estado de Democrático de Direito. É um novo regime de fatos independentes e independentemente controlados que suplanta a necessidade de contratos, de governança e o dinamismo de uma democracia de mercado. (ZUBOFF, 2018, p. 43-44)

De acordo com a autora "o *Big Other* existe na ausência de uma autoridade legítima e é em grande parte livre de detecção ou de sanções. Nesse sentido, o *Big Other* pode ser descrito como um golpe automatizado de cima: não um *coup d'État*[4], mas sim um *coup des gens*[5]" (ZUBOFF, 2018, p.49).

A mesma conclusão se mostra em relação ao meio ambiente de trabalho. Devido a essa nova arquitetura, o trabalhador já não mais consegue sair da vigilância constante de seu empregador, por isso fala-se em um panóptico pós moderno, que extrapola os limites da fábrica e adentra na subjetividade, o algoritmo não só sabe o que a pessoa deseja como usa seus dados para criar desejos nela. Isso se dá porque hoje, mesmo fora do trabalho, é possível – via *Internet, WhatsApp, Instagram, Facebook* e até mesmo via aplicativos (controle digital exercido por empresas como a Uber) – seu controle e sua vigilância.

O avanço tecnológico contribuiu para a aparição de uma subordinação por algoritmos em que o controle já não se faz mais por hora e sim via aplicativo (TEODORO *et al*, 2017, p.18). Alain Supiot fala em uma nova subordinação, dissimulada, pois tornam-se mais severas e eficazes do que aquelas impostas diretamente pelo chefe de seção, no antigo "chão de fábrica", quando o empregado estava sujeito apenas aos atentos olhos do seu superior hierárquico, dentro do seu horário de trabalho. (DE CASTILHO, 2019)

Nesse sentido o Panóptico de Bentham, em sua acepção original, não é capaz de ser comparado com essa nova arquitetura. Isto porque, no panoptismo de Bentham, o controle poderia ser extinto no momento em que a pessoa desocupasse aquele lugar físico e de acordo com a autora, nessa nova arquitetura não existe essa possibilidade:

> Mesmo o panóptico do projeto de Bentham [...] é prosaico em comparação com essa nova arquitetura. O panóptico era um projeto físico que privilegiava um único ponto de observação. A conformidade antecipada que ele induzia exigia a produção de comportamentos específicos em quem estivesse dentro do panóptico, mas esse comportamento poderia ser deixado de lado uma vez que a pessoa abandonasse esse lugar físico. Na década de 1980, o panóptico constituiu-se como uma

[4] "Golpe de Estado" em francês.

[5] "Golpe das pessoas" em francês.

> metáfora adequada para os espaços hierárquicos do local de trabalho. Em um mundo organizado segundo os pressupostos de Varian, os *habitat* dentro e fora do corpo humano estão saturados de dados e produzem oportunidades radicalmente distribuídas para a observação, interpretação, comunicação, influência, predição e, em última instância, modificação da totalidade da ação. Ao contrário do poder centralizado da sociedade de massa, não existe escapatória em relação ao *Big Other.* Não há lugar para estar onde o Outro também não está. (ZUBOFF, 2018, p. 43-44)

De certa forma, a tecnologia é um grande paradoxo: ao mesmo tempo que ela liberta, pois permite acesso a todo e qualquer tipo de informação em uma velocidade nunca imaginada antes, possibilitando o contato com qualquer pessoa, a qualquer tempo, de qualquer lugar do mundo – ela aprisiona – pois, quando se experimenta um fruto proibido passa a ser impossível a vivência sem ele (ZUBOFF, 2018, p. 50) e então as pessoas se tornam cada vez mais dependentes, mais controladas, mais vigiadas, mais alienadas, tornando-se "fantoches" de um sistema que coleta seus dados o tempo inteiro.

## 3 A ATUALIDADE DO PANÓPTICO DE BENTHAM

O Panóptico de Jeremy Bentham era o local no qual os apartamentos dos prisioneiros permaneciam em uma circunferência enquanto o apartamento do inspetor permanecia no centro dentro de um edifício circular. O prisioneiro, portanto, permanecia constantemente vigiado pelos olhos do inspetor (NUNES, 2018, p.164).

A ideia era a de que "quanto mais constantemente as pessoas a serem inspecionadas estivessem sob a vista das pessoas que deviam inspecioná-las, mais perfeitamente o propósito do estabelecimento seria alcançado". Para Bentham a "perfeição ideal, se esse fosse o objetivo, exigiria que cada pessoa estivesse realmente nessa condição, durante cada momento do tempo" (BENTHAM, 2008, p.20).

De acordo com Jeremy Bentham, o panóptico era aplicável a "qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção" (BENTHAM, 2008, p.15).

> Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de *punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos* em qualquer ramo da indústria, ou *treinar a raça* em *ascensão* no caminho

> da *educação*, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das *prisões perpétuas* na câmara da morte, ou *prisões de confinamento* antes do julgamento, ou *casas penitenciárias*, ou *casas de correção*, ou *casas de trabalho*, ou *manufaturas*, ou *hospícios*, ou *hospitais*, ou *escolas*. (BENTHAM, 2008, p.19/20)

Diante da análise da forma de poder exercida no panoptismo de Bentham, Foucault posteriormente estabeleceu três instrumentos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame, que combina os dois primeiros instrumentos: as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. O exame é então um controle normalizante, uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir, conseguindo diferenciar e sancionar os indivíduos através da visibilidade, sendo por isso que em todos os dispositivos de disciplina o exame é altamente ritualizado. O exame reúne em si a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade. "No coração dos processos de disciplina, ele manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam. A superposição das relações de poder e das de saber assume no exame todo o seu brilho visível". (FOUCAULT, 1987, p.154)

A combinação desses instrumentos possibilitou uma influência direta e significativa sobre os indivíduos sem a necessidade da força física, tornando real a possibilidade de "moldar e converter um indivíduo da condição de um potencial inimigo à um indivíduo útil para a sociedade na qual está inserido" (GUANDALINI; TOMIZAWA, 2013, p 28).

Michel Foucault, ao analisar a arquitetura do panóptico de Jeremy Bentham, em que ele se inspirou, diz que esta tem "o efeito de induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura o funcionamento automático do poder". Uma arquitetura capaz de "criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce". Foucault ainda esclarece que em relação ao vigiado, o "essencial é que ele se saiba vigiado [...]" uma vez que "ele não tem a necessidade de sê-lo efetivamente". Além disso ele "é visto mas não vê; objeto de uma informação, nunca sujeito numa comunicação". De acordo com o autor, através do panoptismo, "uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. Para Foucault, o panóptico tem como "efeito negativo – evitar aquelas massas, compactas, fervilhantes, pululantes, que eram encontradas nos locais de encerramento [...]" (FOUCAULT, 1987, p.166/167). Ainda esclarece o autor que "o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retreinar os indivíduos[6]" (FOUCAULT, 1987, p.168). Um

[6] A propósito da moldagem de comportamentos, sugere-se o estudo da experiência de Pavlov sobre o condicionamento clássico, que consiste na associação de um estímulo inicialmente neutro

mecanismo de poder do qual "sua força é nunca intervir, é se exercer espontaneamente e sem ruído, é construir um mecanismo de efeitos em cadeia" (FOUCAULT, 1987, p.170).

Foucault diz que o "panoptismo é o princípio geral de uma nova 'anatomia política' cujo objeto e fim não são a relação de soberania mas as relações de disciplina" (FOUCAULT, 1987, p.172). As disciplinas, para Foucault, "funcionam cada vez mais como técnicas que fabricam indivíduos úteis (FOUCAULT, 1987, p.174).

A sociedade disciplinar, conforme Foucault, é "um mecanismo de poder que permite extrair dos corpos tempo e trabalho, mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente por vigilância e não de forma descontínua por sistemas de tributos e de obrigações crônicas [...]" (FOUCAULT, 1999, p.42). Essa extração do "máximo de tempo e de forças" é devido ao fato de que as disciplinas obrigam-se a "fazer crescer a utilidade singular de cada elemento da multiplicidade, mas por meios que sejam mais rápidos e menos custoso, ou seja, utilizando a própria multiplicidade como instrumento desse crescimento [...]" (FOUCAULT, 1987, p.181).

Com a crise dos confinamentos refina-se a sociedade disciplinar pela sociedade do controle de Gilles Deleuze, seu categorizador. A sociedade de controle é explicada melhor como uma mutação do capitalismo do que uma evolução tecnológica simplesmente. Explica que as sociedades de controle operam por máquinas de uma terceira espécie, máquinas de informática e computadores, cujo perigo passivo é a interferência, e o ativo a pirataria e a introdução de vírus. Se o capitalismo do século XIX é de concentração e erige a fábrica como um meio de confinamento, tendo o capitalista como o proprietário dos meios de produção, o capitalismo mutante, que gera a sociedade de controle, é o de sobre-produção, não compra mais matéria-prima e já não vende produtos acabados, mas sim quer vender serviços e comprar ações.

Enquanto aquele se dirigia para a produção, este se dirige para o produto, seja para a venda ou para o mercado, apresentando-se dispersivo, fazendo a fábrica ceder lugar à empresa. (DELEUZE, 1993, p.3)

---

com um estímulo significativo. De acordo com o experimento, o cão que salivava originalmente para comida na boca, pode passar a salivar para uma sineta através de um condicionamento. "Uma possível explicação para isso é que um estímulo 'gustativo' ou 'apetitivo' (comida) elicia uma resposta gustativa que, através da produção de estímulos, auto-estimula o cão. Essa auto-estimulação elicia a resposta de salivar." Depois do condicionamento - quando a sineta é tocada antes do ato de se alimentar -, o estímulo auditivo (sineta), originalmente neutro, passa a eliciar a resposta salivar. Isto é, após associar o estímulo gustativo com o estímulo auditivo, o estímulo auditivo que era anteriormente neutro, passa a eliciar respostas gustativas após um devido tempo de condicionamento. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/%0D/ptp/v18n2/a03v18n2.pdf > Acesso em 24/07/2019.

> As conquistas de mercado se fazem por tomada de controle, e não mais por formação de disciplina, por fixação de cotações mais do que por redução de custos, por transformação do produto mais do que por especialização do produto [...] O marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça imprudente dos nossos senhores. O controle é de curto prazo e rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. (DELEUZE, 1992, p. 3)

Nos tempos atuais, com o desenvolvimento tecnológico, a vigilância se faz também de forma eletrônica "dentro de um contexto organizacional por meio de dispositivos tecnológicos diversos como câmeras, microfilmes ou computadores [...]" (DE SOUZA; MUÇOUÇAH, 2018, p. 7), bem como via *Internet, Whatsapp, Instagram, Facebook* e até mesmo aplicativos (controle digital exercido por empresas como a Uber), diante de um cenário em que poucos vigiam muitos, em uma sociedade expectadora (MATHIESEN, 1998, apud, GUANDALINI; TOMIZAWA, 2013, p. 37).

Este monitoramento nas relações de trabalho tem como objetivos, exemplificadamente, a neutralização de conflitos, a dominação da força de trabalho e uma maior produtividade e lucratividade. Chaves (2017) explica que na sociedade de controle, o poder empregatício descola-se da disciplina corporal e do tempo de trabalho, para o controle da alma e do marketing.

> Ao controle já não interessa o confinamento dentro da fábrica, dentro de uma jornada fixa, dentro de uma disciplina linear, de um vínculo jurídico estável, mas, sim, de um vínculo etéreo, nas nuvens, pós-contratualista, pós-material. Emerge o contrato realidade-virtual. (CHAVES JÚNIOR, 2017)

Com a nova lógica de acumulação a "realidade" é agora subjugada à mercantilização e à monetarização e renasce como "comportamento". "Os dados sobre os comportamentos dos corpos, das mentes e das coisas ocupam importante lugar em uma dinâmica compilação universal em tempo real de objetos inteligentes no interior de um domínio global infinito de coisas conectadas" (ZUBOFF, 2018, p.56). Visando o lucro e o controle, o fenômeno é capaz de criar, moldar e até mesmo modificar os comportamentos das pessoas e das coisas, transformando os desejos, hábitos, necessidades e a subjetividade da pessoa em uma nova moeda do capital.

Estabelece-se, ao mesmo tempo, uma *técnica de poder* e um *processo de saber*, cuja intenção era a de dominar a diversidade, impondo-lhe uma ordem" (DE SOUZA; MUÇOUÇAH, 2018, p.2). E assim parece se apresentar a nova realidade, num panóptico pós-moderno em que a vigilância se apura

e passa a também captar os dados sensíveis ao processo para deles se utilizar. Nas relações de produção, cria uma dupla apropriação da empresa em relação ao seu trabalhador, primeiro pela extração da força de trabalho; segundo pela extração de sua subjetividade, através dos seus gostos, desejos, hábitos de consumo, para então se apropriar pela terceira vez, oferecendo à pessoa exatamente aquilo que ela procura, como num passe de mágica.

Enfim, o que chamamos de panóptico dito pós moderno invade a subjetividade da pessoa, seja como trabalhador, seja como consumidor, captando seus hábitos e desejos, inclusive em seu tempo de descanso e lazer e, por meio de tais mecanismos, criam necessidades artificiais e as vendem às pessoas, vendendo inclusive à ideia de que não são trabalhadores, mas empresários de si mesmos.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: MAIS VALIA PÓS MODERNA?

No capitalismo da modernidade sólida (BAUMAN, 2001), o trabalhador aliena sua força de trabalho para terceiro em troca de uma contraprestação e o capital, através do excedente da força de trabalho, extrai o que Marx denomina de mais-valia.

Na nova lógica de acumulação, típica da modernidade líquida (BAUMAN, 2001), ou tardia (BECK, 2011) o capital passa a se apropriar de outros meios de produção, não necessariamente materiais. O sistema capitalista de produção se refina de modo que passa a extrair seus lucros e inaugura um novo modelo de produção, num movimento disruptivo, através da extração dos dados de seus usuários. Estes, por sua vez, alienam seus dados, sem normalmente saber para quem, para aonde irão e como isso poderá afetar as suas vidas.

E é da mesma forma que o trabalhador, constantemente controlado, dentro e fora do trabalho, aliena não só seus dados, mas também sua subjetividade, sua privacidade, seu direito a desconexão, seu tempo de lazer e logo, sua felicidade e sua liberdade.

O desgaste psíquico parece ser consequência das novas formas de gestão do trabalho, marcadas por uma época de acumulação flexível, em que há alta exigência por produtividade e ritmo de trabalho acelerado. Diante da subordinação acentuada à tecnologia e às formas de vigilância, eliminam-se os períodos de descanso (VAPIANA *et al*, 2018).

O empregador portanto, através do controle excessivo, busca extrair uma maior produtividade de seu trabalhador bem como um maior lucro e, ao eliminar o tempo improdutivo do trabalhador, cria uma nova moeda do sistema capitalista através do produto da cooperação social.

Assim como a *Google, Instagram, Facebook etc* – que constantemente capturam as subjetividades de seus usuários em troca de lucro – a empresa

também aprendeu a capturar as subjetividades de seus trabalhadores. Nesse "novo discurso a fim de dissimular a estrutura de classes e conquistar o corpo e a alma dos trabalhadores: os empregados tornam-se *colaboradores*" (COUTINHO, 2019). E portanto, "se pode dizer que o trabalho rouba ainda mais as felicidades, invade ainda mais as subjetividades e – no limite – pode inviabilizar até mesmo a possibilidade que temos de nos desconectar dele" (VIANA; TEODORO, 2017, p. 313).

O trabalhador despossuído de sua própria subjetividade vivencia uma falsa autonomia e uma verdadeira "Síndrome do Patrão"[7] e esta, como toda síndrome, também gera efeitos nocivos. O primeiro consiste no esvaziamento do Direito do Trabalho, pois quando os trabalhadores não se reconhecem como membros da classe trabalhadora, perdem o sentimento de pertencimento, em nome de um sonho falacioso de ser "patrão" e ganhar mais dinheiro, o que retira a eficácia das normas e enfraquece este ramo especializado. O segundo efeito consiste em o próprio trabalhador se voltar contra o Direito do Trabalho, afinal, ele, através de uma visão individualista e egoísta, observa tão somente o que é bom para si a curto prazo e de maneira imediata, sem se perceber como membro de uma classe, cuja luta necessita de sua participação. (TEODORO, 2015)

Como diz o Autor Milton Santos: "como essa ordem desordeira é global, inerente ao próprio processo produtivo da globalização atual, ela não tem limites; mas não tem limites porque também não tem finalidades e, desse modo, nenhuma regulação é possível, porque não desejada" (SANTOS, 2001, p. 86).

É preciso, portanto, um enorme esforço perante todos os operadores do direito, bem como uma mudança de perspectiva e horizonte ético de apreciação das relações laborais – para que sejam verdadeiras relações de poder - pelos seus próprios atores, para que se imponha limites à essa nova lógica de acumulação capitalista marcada pelo excesso de vigilância e controle da sociedade, seja dos usuários, seja dos trabalhadores.

De fato, Lowy considera que a visão proletária pode e deve ser capaz de incorporar as verdades parciais produzidas pelas ciências de nível inferior ou limitadas, sem que isso, necessariamente, leve ao ecletismo. Para ele,

[7] A "Síndrome de Patrão" - em analogia à Síndrome de Estolcomo - surge ou na vigência da relação contratual - em que o empregado internaliza a ideia de que "está" empregado, mas que não "será" por muito tempo -; ou nas situações em que empregado considera mais "vantajoso" patrimonialmente pedir sua rescisão contratual e constituir sua própria empresa – se pejotizando em alguns casos - passando assim a ser "chefe" tanto de si mesmo como dos outros - seus futuros empregados; ou ainda através da internalização da ideologia da *School of Life*, pela qual "quem ama o que faz" acaba se tornando um trabalhador mais dócil e facilmente submetido a condições precárias de trabalho. (TEODORO, 2015).

o proletariado, na medida em que busca a possibilidade objetiva ao acesso da verdade, é a classe revolucionariamente mais crítica, embora assuma a limitação da sua tese ao dizer que esta característica do proletariado não induz a uma garantia suficiente do conhecimento da verdade social". (PEREIRA; AREDES, 2010, *online)*

Ademais, conforme explica Pez (2010, p.11), de acordo com Foucault, o exercício da liberdade "é um exercício de poder, ou seja, não há exercício de poder onde não há possibilidade de ação e [...] não há exercício de liberdade onde não há exercício de poder."

Logo, em um ambiente de vigilância por parte do empregador, somente haverá uma relação de poder, quando o empregado desempenhar um papel ativo - tanto de aceitação quanto de subversão - diante dessa vigilância. Caso contrário, não será uma relação de poder e sim uma mera coerção. E não havendo exercício de poder, não há exercício de liberdade.

Apesar de poder haver pequenos momentos de prazer, como o trabalho está na esfera da necessidade, não há que se falar em liberdade. Isto porque, diferentemente do contrato civilista, o contrato de trabalho tem como característica de sua própria essência, o poder diretivo e é por isso que "diferentemente da contratualidade civilista, na esfera laboral a liberdade pode esconder uma verdadeira necessidade" (VIANA; TEODORO, 2017, p.315). E é dentro da esfera da necessidade que o contrato de trabalho se aproxima muito mais do contrato consumerista do que do civilista. Isto porque, "o próprio fornecimento e consumo de produtos e serviços, indispensáveis para um viver digno dos consumidores, dentro dos padrões capitalistas, leva esse contrato a ser menos fruto da escolha e da vontade e muito mais resultado da subordinação do consumidor às suas necessidades" (VIANA; TEODORO, 2017, p.319).

Na mesma linha, adverte Bauman que "a liberdade do consumidor significa uma orientação da vida para as mercadorias aprovadas pelo mercado, assim impedindo uma liberdade crucial: a de se libertar do mercado, liberdade que significa tudo menos a escolha entre produtos comerciais padronizados" (BAUMAN, 1999, p. 277).

Assim, se o consumo pressupõe a renda, esta pressupõe o trabalho. O capitalismo, permeado pela lógica da destruição criadora, acabou por moldar, passo a passo – ao longo do tempo - o perfil dos consumidores e, antes deles, dos próprios trabalhadores, transpondo o trabalho para o terreno da necessidade, quando não da própria existência humana. (VIANA; TEODORO, 2017, p.320).

E é porque a "necessidade de consumir, tal como a necessidade de trabalhar para o outro, são faces da mesma moeda [...]" que tanto uma quanto outra "estão presentes na própria lógica capitalista, em sua essência. Ao subtrair dos trabalhadores os seus meios de produção, o sistema os

tornou *necessariamente* dependentes do emprego e do consumo" (VIANA; TEODORO, 2017, p. 320).

Partindo dessa premissa para as relações de trabalho, por estas e outras razões, é que se vislumbra no agir e na tomada de consciência dos atores das relações de trabalho, desde uma perspectiva e horizonte do operariado (precariado, se preferir) poder-se-ia alcançar não somente possíveis soluções para o excesso de controle e vigilância, permitindo maior eficácia horizontal dos direitos sociais albergados na Constituição da República e resgatando a ética e a dignidade das relações laborais, para que voltem a ser relações de poder e deixem de ser relações de coerção, como ora se delineia o trabalho em exatos tempos de modernidade líquida ou pós-modernidade, paradoxalmente, passando a impressão de que estar-se a involuir e a desmoronar o Estado democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES. Ricardo. *Banca de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica*. Faculdade de Direito da PUC/MG Unidade Coração Eucarístico. Belo Horizonte. 05/04/19.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e Ambivalência***.** Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zigmunt. *Medo Líquido***.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1ª edição, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade.* Tradução: Sebastião Nascimento – São Paulo: Editora 34, 2ª edição, 2011

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Trad. Guarcia Lopes Louro *et al.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O Direito do Trabalho pós-material: o contrato realidade da <<multidão>> produtora. *Pepe Ponto Rede Blog.* Disponível em: <https://pepe-ponto-rede.blogspot.com/search?q=o+direito+do+trabalho+pós-material%3A+o+contrato+realidade > Acesso em: 24/07/2019.

CONGER, Kate. *Uber Embraces Videotaping Rides, Raising Privacy Concerns The New York Times*. 20 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/11/20/technology/uber-recording-rides-privacy.html> Acesso em 20/11/ 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid; CIRINO, Samia Moda. *TRABALHO, IDENTIDADE E RECONHECIMENTO A" CAPTURA" DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHADOR NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ESTRATÉGIA FRUSTADA?* Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], v. 19, n. 3, 2019. https://doi.org/10.18593/ejjl.11903

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum sobre as sociedades de controle.* Trad. Peter Pál Pelbart. Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro. 1992, p. 219-226. Disponível em: <http://www.somaterapia.com.br/wp/wp-content/uploads/2013/05/Deleuze-Post-scriptum-sobre-sociedades-de-controle.pdf> Acesso em: 20/07/2019.

DE SOUZA, Aline Lemes; MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. *O PANOPTICO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO*. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/texto/gt6/o_panoptico.pdf> Acesso em: 23/05/2019.

DE CASTILHO, Paulo Cesar Baria. *Subordinação por algoritmo nas relações de trabalho. Revolução tecnólogica permite novas formas de controle sobre o empregado.* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/subordinacao-por-algoritmo-nas-relacoes-de-trabalho-17062019 > Acesso em: 22/07/2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Trad Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: < https://comunicacaodasartesdocorpo.files.wordpress.com/2013/11/foucault-michel-vigiar-e-punir.pdf > Acesso em: 20/07/2019.

FOUCAULT, Michel. *O sujeito e o poder*. Dreyfus, H.; Rabinow, P. Michel Foucault, uma trajetória filosófica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 231-249, 1995. Disponível em: < https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33146409/o-sujeito-e-o-poder.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Do_Sujeito_e_o_Poder.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190617%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190617T164849Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=c323f0c5defdab20adba06aa1296424155a8a190379123c29fbc2ffdeaf9067a > Acesso em: 17/06/2019.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: < http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/05/Foucalut-M.-Em-defesa-da-sociedade.pdf > Acesso em: 20/07/2019.

FRANCO, Daniele. Instagram testa deixar de exibir curtidas em postagens; entenda o porquê. *Hoje em Dia*. 17 de julho de 2019. Disponível em < https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/instagram-testa-deixar-de-exibir-curtidas-em-postagens-entenda-o-porqu%C3%AA-1.728300 >. Acesso em 28/07/2019.

FUMAGALLI, Andrea. LUCARELLI, Stefano. *A model of Cognitive Capitalism: a preliminary analysis*. *Published in*: *European Journal of Economic and Social Systems* , Vol. 20, No. 1 (2007): pp. 117-133. Disponível em https://mpra.ub.uni-muenchen.de/28012/

GUANDALINI, Bruno; TOMIZAWA, Guilherme. *O MECANISMO DISCIPLINAR DE FOUCAULT E O PANÓPTICO DE BENTHAM NA ERA DA INFORMAÇÃO.* 2012. Disponível em: < http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima9/anima9-2-O-MECANISMO-DISCIPLINAR-DE-FOUCAULT-E-O-PANOPTICO-DE-BENTHAM-NA-ERA-DA-INFORMACAO-Bruno-Guandalini-e-Guilherme-Tomizawa.pdf > Acesso em: 19/06/19.

LOPES, Carlos Eduardo; ABIB, José Antônio Damásio. Teoria da percepção no behaviorismo radical. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 18, n. 2, p. 129-137, 2002. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722002000200003

LYON, David. Big Other: Cultura da Vigilância: Envolvimento, Exposição e Ética na Modernidade Digital. In: Fernanda, *et al*. *Tecnopolíticas Da Vigilância: Perspectivas da Margem*. São Paulo: Boi Tempo, 2018.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A Precarização no Teletrabalho. Escravidão Tecnológica e Impactos na Saúde Física e Mental do Trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

PEREIRA, Ana Paula Camilo; AREDES, Airton. Michael Löwy, As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen. São Paulo: Cortez, 220 páginas. *Confins. Revue franco-brésilienne de géographie/Revista franco-brasilera de geografia*, n. 9, 2010. Disponível em: < https://journals.openedition.org/confins/6544?lang=pt >. Acesso em: 19/07/2019.

PEZ, Tiaraju Dal Pozzo. *Pequena análise sobre o sujeito em Foucault: A construção de uma ética possível*. www. uel. br/eventos/sepech/arqtxt/resumos-anais/TiarajuDPPez. pdf. Acesso em, v. 1, n. 07, p. 2010, 2010. Disponível em: < https://guiaclevelandia.com.br/guia-conteudo/uploads/2017/01/TiarajuDPPez.pdf > Acesso em: 23/05/2019.

REGO, Arménio. Empregados felizes são mais produtivos? *Tékhne*, Barcelos, n. 12, p. 215-233, dez. 2009. Disponível em < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112009000200012&lng=pt&nrm=iso >. Acessos em 24 jul. 2019. Acesso em: 17/06/2019.

SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização. Do Pensamento Único à Consciência Universal.* Rio de Janeiro: Record, 2001. Disponível em: < https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxlc3R1ZGFudGVkb3JhdXNqdHxneDozMTI4YTM2ZTIjOGI1OTQ5>. Acesso em: 17/06/2019

SELIGMANN-SILVA, Edith. Saúde mental no trabalho contemporâneo. In *Anais do 9º Congresso Internacional de Stress da ISMA-BR*. 23-25 jun. 2009. Porto Alegre/RS.

SODRÉ, Muniz. *A LÓGICA ALGORÍTMICA DA SOCIEDADE INCIVIL***.** Disponível em: <https://mailchi.mp/uol/digilabour-40?e=f57bcb906d> Acesso em 22/11/2019

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *A síndrome de patrão*. In: Palestra proferida no IV Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho. Punta Del Leste/Uruguai. 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-05.pdf. Acesso em: 17/06/2019

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D.'Afonseca; ANTONIETA, Maria. *Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 20, n. 39, p. 1-30, 2017. https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2017v20n39p1-30

VAPIANA, Vitória Nassar; GOMES, Rogério Miranda; ALBURQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti de. *Adoecimento psíquico na sociedade contemporânea: notas conceituais da teoria da determinação social do processo saúde- doença. Saúde em Debate,* v. 42, p. 175-186, 2018. https://doi.org/10.1590/0103-11042018s414

VIANA, Márcio Túlio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. *Misturas e fraturas do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 114, 2017. https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2017v114p299

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Capitalismo de Vigilância e Perspectivas Para Uma Civilização de Informação. In: Fernanda, *et al*. *Tecnopolíticas Da Vigilância: Perspectivas da Margem.* São Paulo: Boi Tempo, 2018.

# PERSPECTIVAS PARA CONJUNTURA DE CRISE ORGÂNICA DO CAPITAL NACIONAL E INTERNACIONAL: O QUE FAZER?

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães[1]

Começo este ensaio introdutório citando Nikolai Tchernychevskii:

> "- Sim, Verinha, seja grata à sua mãe. Não é preciso que a ame. Ela é má. Mas você lhe deve tudo: saiba disso. Sem ela, não haveria você.
>
> - E vai ser sempre assim? Ou não?
>
> - Não vai ser sempre assim, Verinha. Quando os bons forem fortes, não haverá necessidade dos maus. Logo será assim, Verinha. Então os maus verão que não devem ser maus. E aqueles malvados que eram humanos se tornarão bons. Eles eram maus apenas porque lhes era nocivo serem bons. Eles sabem que o bem é melhor que o mal. Vão gostar do bem quando puderem gostar dele sem isso ser nocivo a eles".[2]

Vivemos tempos de extrema radicalidade. Este é o primeiro pressuposto para pensar, fazer e planejar qualquer coisa. Nunca a humanidade viveu momento tão radicalmente veloz e transformador como se vive neste século XXI. O economista Robin Hanson estima que nas sociedades de caçadores-coletores a economia mundial demorava 224.000 anos para dobrar de tamanho; nas sociedades agrárias este tempo reduziu para 909 anos e na sociedade industrial 6 anos e três meses.[3] Em velocidade impressionante, aumenta a exploração da natureza; aumenta a população; muda a economia e as sociedades; proliferam as pesquisas e descobertas científicas capazes de afetar profundamente toda a vida e a percepção da mesma. Hoje dispomos de

---

[1] Professor da graduação, mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor associado da Universidade Federal de Minas Gerais, presidente internacional da Rede para um constitucionalismo democrático latino-americano.

[2] TCHERNYCHEVSKII, Nicolai. O que fazer? Editora Expressão Popular, 1.ed., São Paulo, 2020, contracapa.

[3] BOSTROM, Nick. Superinteligência, Darkside books, Rio de Janeiro, 2018, pg. 87.

engenharia genética de fácil acesso para moldar o ser humano e começamos a imaginar um(a) "super-mulher/homem/pessoa" capaz de fazer o inimaginável ao se fundir com tecnologias (os transumanos). Ao mesmo tempo o aquecimento global e a ameaça a continuidade da vida humana neste planeta torna-se uma ameaça real e próxima. Nada que fizermos e pensarmos de agora em diante deve ignorar o contexto de radicalidade e velocidade do tempo em presente contínuo.

Em uma escala menor, mas de proporções gigantescas para nossa percepção da história e do tempo e espaço, a partir de uma compreensão moderna, assistimos ao fim de um sistema mundo: o sistema mundo moderno. A modernidade, simbolicamente iniciada, para os pensadores decoloniais, em 1492, chegou ao fim. E com ela, chega ao fim suas instituições e racionalidades: o estado moderno; o direito moderno; os idiomas oficiais; as moedas nacionais; o nacionalismo; os bancos nacionais; o capitalismo; exércitos; polícias.....

Aqui uma parada para reflexão: é possível que instituições criadas para viabilizar interesses de um grupo de pessoas e construir o seu sistema econômico, possa servir a outros interesses. Ou melhor formulando: é possível que as instituições acima referidas, criadas para viabilizar o capitalismo e os interesses da nobreza e da burguesia, possam servir à dignidade e liberdade de todes, todas e todos? Ou ainda melhor: é possível que racionalidades, instituições e sistemas criados para servir aos homens brancos, proprietários e ricos, europeus, sirvam à toda forma de vida?

Estamos falando de um momento de esgotamento que jamais ocorreu. Uma velocidade que jamais foi por nós experimentada.

O momento "presente contínuo" representa uma ruptura maior que qualquer revolução conhecida. O momento presente se caracteriza pelo esgotamento, pela impossibilidade de continuidade dos projetos humanos modernos. Por esse motivo, a única salvação é a coragem da revolução. Só a radicalidade pode nos salvar.

Para o campo que na modernidade convencionou-se chamar de esquerda, é fundamental que tenhamos coragem de nos unirmos na radicalidade dos princípios. São os princípios que nos unem. Os detalhes, as regras, os pontos e vírgulas, as vaidades, os personalismos nos jogam uns contra os outros. Só o radicalismo dos princípios pode nos unir. Quais são os princípios que são capazes de unir todas as pessoas? O amor; a vida; a diversidade; a rejeição intransigente do egoísmo, da exploração, do colonialismo e da colonialidade, da vaidade, da opressão, da tortura, do fundamentalismo nas mais variadas formas, do ódio. Muita coisa é capaz de gerar união. O que realmente importa pode nos unir. O resto é vaidade.

Precisamos surpreender. Atacar. Atacar em outro flanco. Parar de tentar salvar um mundo que já foi e atacar na construção de algo radicalmente

diferente. Agir, construir, surpreender, com leveza.....fazer diferente. Fazer diferente é urgente: falar, pensar, agir, construir outra coisa. Surpreender a todos que esperam algum acontecimento capaz de mobilizar a todos nós, para além das mentiras; *Fakes News*; algoritmos; para além da insuportável mesmice dos discursos repetidos à exaustão. É necessário ter coragem para amar. O ódio é fruto do medo e gera violência e covardia.

A contemporaneidade nos revelou e expôs uma maravilhosa diversidade de desejos; percepções; espiritualidades; idiomas; povos; epistemologias; culturas; e é no diálogo com esta imensa diversidade desocultada que podemos e estamos, construindo o radicalmente novo. Com coragem e amor.

## Desafios do momento presente: revolução e resistência

Cuba no inspira em sua revolução e resistência. A história cubana nos recorda a luta anticolonial e as lutas contra novas formas de colonialismo e colonialidade. A invasão espanhola e o massacre da população originária nos lembram toda a violência e desprezo do colonialismo espanhol (europeu) da vida dos outros, dos considerados diferentes, subalternos. A modernidade, que simbolicamente começa em 1492, com o início das invasões europeias na América, inaugura o sistema mundo moderno colonial capitalista. Importante não esquecer que as instituições modernas do Estado, sua burocracia, os exércitos, as polícias, posteriormente as constituições liberais, o direito de propriedade, a invenção do indivíduo e a transformação da natureza em recursos, são, entre outros, fundamentos que estruturam a racionalidade moderna que viabiliza o desenvolvimento e expansão do capitalismo. As lutas de emancipação dos cubanos que nasceram nos territórios invadidos e colonizados, afro-descentes, indígenas e crioulos, nos processos internos de construção da identidade e sentimento anticolonial, são inspiração para nós. Primeiro a guerra contra a Espanha e depois a vitória contra o neocolonialismo norte-americano, e agora na luta contra novas formas de tentativa de subalternização, lutando contra a imposição da colonialidade do ser, por meio de guerras híbridas que incluem, além da guerra econômica, guerra cultural, guerra psicológica, guerra ideológica e a tentativa de aculturamento por meio de uma religião, vinda sob medida para gerar desconfiança e divisão da população.

O colonialismo, a colonialidade e o poder econômico privado capitalista agem de diversas maneiras e precisamos entender e estarmos preparados para resistir e contra-atacar.

Para compreendermos os desafios no momento atual, de extrema radicalidade, precisamos, antes, trabalhar algumas palavras acima mencionadas.

Qual a diferença entre colonialismo e colonialidade?

O primeiro sistema mundo é conhecido como sistema mundo colonial moderno. O que existia antes da nomeada modernidade, eram impérios regionais, que por maiores que fossem nunca constituíram um sistema mundo, uma engrenagem global. O primeiro sistema mundo, portanto, é o sistema mundo colonial moderno, que permite a afirmação e expansão do capitalismo. A data que serve como referência simbólica para marcar o início da construção deste sistema mundo moderno colonial capitalista é o ano de 1492.

Esse sistema mundo colonial moderno funciona como uma enorme engrenagem onde cada parte tem uma função específica. Claro que esse sistema mundo não nasceu em um dia, mês e ano específico. Trata-se de um processo complexo e lento para os padrões de transformações históricas contemporâneas. O ano de 1492 é um marco simbólico em razão de três acontecimentos, três eventos determinantes para o que ocorre depois: a) o início da invasão do mundo por "europeus" (alguns dos grupos étnicos que habitavam o que se passou a chamar de Europa) com a chegada de Colombo no Caribe e o extermínio sistemático dos grupos étnicos originários até os dias atuais; b) a expulsão do outro diferente da península ibérica (a queda do Reino de Granada e a expulsão de judeus e muçulmanos) c) e, finalmente, a primeira gramática normativa moderna, do castelhano, onde o Estado moderno, em processo de construção, estabelece uma gramática oficial, uma forma de falar e escrever obrigatória, "correta", determinando o sentido das palavras, a importância e ordem das palavras no texto, e, logo, controlando o nosso pensar, impondo valores e preconceitos, limitando nossa compreensão do mundo e sua explicação, por meio do controle da palavra e de sua inserção no texto.

Este sistema mundo moderno constrói, portanto, uma racionalidade própria. Uma forma específica de pensar e compreender o mundo, que foi naturalizada como a forma de pensar superior, que, por este motivo deve ser imposta a todo o planeta pelos impérios coloniais modernos. A racionalidade moderna se constrói sobre alguns elementos comuns ideológicos que nos acompanham até hoje. Disso extraímos uma importante observação. Somos seres, sempre, ideológicos pois vemos inevitavelmente o mundo a partir de nós mesmos. Quando o estado moderno, o poder, qualquer que seja, se interpõe entre nós e o real, determinando nossa forma de sentir, perceber e pensar, somos objetos de manipulação ideológica naturalizada, imperceptível para a grande maioria oprimida e manipulada.

A racionalidade moderna se estrutura sobre uma percepção simplificada, binária do mundo, das coisas, das pessoas e da vida em geral, onde o outro, diferente, é visto como subalterno, selvagem, inferior. Essa forma de perceber e sentir o mundo permite a violência permanente sobre o outro considerado menos humano ou não humano. A lógica binária de subalternização

do diferente, do outro, estabelece uma hierarquia em graus de humanidade que acompanha a nossa compreensão de nós mesmos ainda hoje e explica o fascismo presente em nossas relações sociais: assim é o racismo, a homofobia, o fundamentalismo econômico, político e religioso dentre outras manifestações de ódio e intolerância.

A modernidade também inventou o indivíduo e separou esta ficção da natureza. A natureza se transformou em recurso a ser explorado para a satisfação deste homem, branco e proprietário, responsável por genocídios e a desvairada destruição de toda forma de vida. Este super-homem racional superior empreende na modernidade uma missão "civilizatória" de opressão, tortura, violência e destruição.

Para justificar a missão civilizatória, o sistema mundo moderno colonial inventou uma concepção linear da história, onde as diversas civilizações estariam em graus distintos de evolução. Percebendo a história desta maneira temos algumas consequências: primeiro a equivocada e precária compreensão de que há um único caminho a ser trilhado pela civilização humana, o que é muito empobrecedor e não confirmável diante da impressionante diversidade social e construções culturais que o ser humano foi e continua sendo capaz de elaborar. Em segundo lugar, ao colocar a cultura europeia, e posteriormente a cultura norte europeia (Hegel) como o auge da civilização, autoriza esse "europeu superior" a intervir e condicionar o outro considerado "incivilizado" ou "pouco civilizado" a impor sua forma de viver, seu idioma, sua filosofia, sua religião, sua forma de se organizar e viver a todos os povos. Decorre desta ação incontáveis violências em todo o planeta.

A filosofia europeia ajuda a explicar e sustentar a violência. Descartes, ao separar o corpo da alma (razão) ajuda na construção de justificativas para a tortura, escravidão, estupros, entre corpos cortados e queimados de milhões de habitantes originários pelo planeta. Além disso, a separação do corpo e da razão (alma) permite a criação de um senhor de escravos, de um patrão, de um opressor dentro de nós mesmos. A negação do corpo e suas manifestações, por um opressor em nós mesmos: nossa racionalidade construída pelo poder por meio da língua oficial. Está aí a construção do indivíduo, uma invenção moderna, que estabelece o corpo em permanente antagonismo com a razão. Os desejos e as emoções, presentes nos "selvagens", devem estar controlados ou erradicados pela razão individual ditada pelo nascente estado moderno. Não se trata de uma defesa do hedonismo, mas da percepção do equívoco em separar o que não pode e não é separado: razão e sentimento.

A modernidade ainda inventa nomeações coletivas, capazes de esconder a diversidade e a humanidade plural: o índio e o negro são exemplos de matança sem fim. Não existem índios. Existem sim diversas, milhares de civilizações, formas de organização social, política e econômicas distintas, representadas

por nomes próprios de povos e pessoas. Guaranis, Tupinambás, Quechuas, Aimarás, Charruas, Mapuches, Incas, Astecas entre milhares de outras etnias foram ocultadas pelo nome "índio". O mesmo ocultamento os invasores fizeram com a imensa diversidade de civilizações presentes no continente africano. A África e sua riqueza foi ocultada pelo nome "negro": Oromos, Igbos, Amhara, Somalis, Iorubás, Fulas, Zulus, Yorubas, entre muitos outros povos, foram ocultados pelo nome coletivo de violência e ocultamento imposto pelo invasor.

A modernidade categorizou os humanos, classificou, estabeleceu hierarquias e desumanizou milhões de pessoas.

O Estado moderno nasceu sob a lógica de um sistema absolutista que mais adiante, após as revoluções burguesas, criou um Estado constitucional, onde uma lei maior deveria estabelecer os direitos fundamentais dos humanos, protegendo estes da ação indevida do Estado, agora constitucional. Mas, quem são os humanos neste Estado constitucional que nasce a partir de teorias liberais? As primeiras constituições modernas (Inglaterra, EUA, França) nascem liberais e garantiam direitos expressamente para os homens, brancos, proprietários e especialmente os ricos.

Quem são os humanos para o constitucionalismo moderno liberal? Quais pessoas são protegidas pelo nascente Estado de Direito? Para melhor entender o processo de transformação dos Direitos Humanos podemos construir uma imagem a partir do direito à igualdade perante a lei, o direito à diferença e o direito à diversidade.

As constituições liberais garantiam direitos apenas para os homens brancos e proprietários. Somente os homens brancos, proprietários e ricos podiam votar. A meritocracia liberal repudiava a democracia: para que se pudesse votar e ser votado era necessário cumprir requisitos estabelecidos pela lei. Era o voto censitário: para votar era necessário ter uma idade mínima, a nacionalidade, uma escolaridade mínima, ser do sexo masculino e ter uma renda mínima anual. Uma pequena parcela da população cumpria esses requisitos e podia participar. O critério de riqueza representava a adoção da lógica meritocrática liberal, onde os ricos detinham essa riqueza devido ao seu trabalho e esforço e logo, apenas esses tinham direito de participar da construção da vontade do Estado por meio da política.

Imaginemos um grande círculo que representa o sistema de proteção constitucional de direitos, ou seja, os direitos fundamentais, ou direitos humanos em uma perspectiva constitucional. Dentro deste círculo apenas poucas pessoas, brancas e homens, enquanto fora encontram-se grupos excluídos lutando por direitos, lutando para entrar no círculo de proteção oferecido pela Constituição. A maioria está de fora: mulheres; negros; indígenas; pobres; operários; LGBTQI+; estrangeiros e todos os não brancos.

A única maneira de transformar o mundo e conquistar direitos é por meio da organização, da luta diária e da movimentação social. Estes grupos excluídos foram conquistando direitos, passando gradualmente a serem incluídos no sistema de proteção constitucional. Entretanto, à medida que estes grupos são incluídos, diluem-se dentro de uma lógica individualista liberal de proteção de direitos. Mulheres, negros, operários, pobres, LGBTQI+A, passam a ter direitos individuais frente ao Estado, em medidas e momentos diferentes. Essa diluição e fragmentação da luta por direitos oculta a luta de classes e a perda de uma dimensão de uma luta comum, para construção de uma outra sociedade onde todos construam a vida de forma horizontal. A fragmentação da luta por direitos interessa ao poder econômico privado que criou e sustenta o estado moderno e o constitucionalismo liberal individualista.

Entretanto, muitos grupos étnicos, indígenas originários, quilombolas, não queriam e não querem se diluir, entrar no sistema constitucional criado pelos homens brancos proprietários liberais, uma vez que isto representava sua extinção, sua destruição. Durante quinhentos anos, os Estados modernos, inicialmente absolutistas e depois constitucionais, estados de direito, que garantiam direitos humanos, perseguiram, mataram e excluíram milhares de povos. As políticas uniformizadoras, padronizadoras de valores, espiritualidades, comportamentos, destruíram e extinguiram civilizações, levando ao desespero os povos indígenas, as diversas etnias, os povos quilombolas, negando a estes grupos o direito de existir segundo seus valores e percepções, segundo suas tradições e formas de organização política social e econômica e seu próprio direito. Para ser "humano" era necessário negar sua história, seus antepassados. Para ter direitos era necessário ser "humano" e para serem "humanos" os outros deveriam ceder sua alma.

Apenas ao final do século XX, os estados constitucionais, garantidores de direitos para os considerados humanos, começaram lentamente a admitir a inclusão, em seus sistemas de proteção de direitos, os diversos grupos étnicos, as diversas etnias indígenas, os quilombolas, com o direito de viver segundo seu próprio direito, história, valores e espiritualidade. A este processo chamamos de proteção aos direitos de ser diferente. O direito à diferença. Entretanto, estes grupos, aceitos como pequenos círculos dentro do grande círculo de proteção do constitucionalismo de origem europeia, branco, masculino e moderno, são os diferentes, obedientes ao grande círculo. Em outras palavras, estes grupos eram diferentes por quê? Diferentes do que? Diferentes do grande padrão do evoluído, avançado, tão bom que era capaz de dizer quem poderia entrar no círculo ou não. Quem poderia usufruir do sistema e em que medida.

Neste movimento de luta e resistência contra a ocupação colonial, desde a ocupação de territórios e retirada de riquezas até a ocupação do corpo

colonizado (da colonialidade do ser) começam a ser construídas alternativas reais. A grande novidade é construída pelos movimentos sociais e indígenas no Equador (2008) e na Bolívia (2009): um Estado Plurinacional, diverso, pluriepistemológico, plurijurídico, ecocêntrico e decolonial. O novo constitucionalismo latino americano, decolonial, representa uma revolução no direito, uma transformação profunda com o sistema mundo colonial e com o direito moderno e uma ameaça a lógica uniformizadora necessária ao capitalismo e á sociedade de ultra consumo.

Esse Estado Plurinacional, embora mantendo instituições jurídicas de origem europeia, procura romper com as bases coloniais modernas, como a lógica binária de subalternidade, a uniformização, a linearidade história, o individualismo, o falso universalismo europeu e a utilização da natureza enquanto objeto de exploração.

A ideia é que aquele grande círculo padronizador, que decide quem entra, quem é humano, meio humano ou não humano, deixe de existir. O círculo de proteção constitucional moderno passa a ser mais um em meio a vários outros círculos tão importantes quanto aquele. Estes círculos que representam formas diversas de organização social, familiar, política, cultural, econômica devem conviver de forma harmônica horizontal, não competitiva, não hierárquica, não hegemônica. É a construção do comum na diversidade que fere de morte a racionalidade moderna individualista, padronizadora e vertical que sustenta o sistema econômico moderno chamado capitalismo.

Entretanto o desafio se renova. Quando nos referimos, portanto, ao colonialismo e colonialidade nos referimos a renovação dos desafios na luta pela construção de um outro mundo possível e necessário.

Embora as tropas coloniais tenham sido vencidas nas diversas guerras de independência por todo o mundo, a herança colonial ainda oprime, por meio da colonialidade do poder, do ser e do saber. O que vimos no exemplo cubano, quando a revolução de 1959 que não só expulsou o poder subordinado ao colonizador, mas que promoveu uma revolução dentro dos corpos, da cultura e do saber. A isso chamamos de decolonialidade. A colonialidade do ser permanece quando as pessoas ainda se sentem subordinadas a uma falsa superioridade do colonizador. Quando a produção científica é condicionada aos conhecimentos produzidos pelas metrópoles colonizadoras, pelo império. A libertação dos povos depende de uma mudança na compreensão de quem somos. Na construção de um caminho soberano dos povos, na construção de seu futuro e na livre organização de suas estruturas econômicas, e na construção de forma soberana de seus sistemas jurídicos e sociais. Esse é o primeiro passo para a decolonialidade do saber, do poder e do ser. A revolução que liberta precisa acontecer dentro das pessoas e na construção de outras estruturas e sistemas que não reproduzam eternamente a perversa herança colonial moderna.

## NOVAS FORMA DE AGRESSÃO COLONIAL: GUERRAS HÍBRIDAS

A eleição de Bolsonaro é um dos passos da guerra híbrida contra o Brasil, que pode ser identificada, com maior clareza, a partir das "jornadas de junho de 2013".

O recrudescimento do conservadorismo pode ser explicado, entre muitos outros fatores, pelo aumento da crise orgânica do capital e o aparecimento de fissuras no sistema que permitem o aumento das contradições, infiltrações e profanações dentro do mesmo. Revelações importantes ocorreram no final do século XX e permitiram ver o que foi violentamente ocultado pelo sistema mundo moderno, uniformizador, binário, individualista e pretensamente universalista. Assim percebemos, cada vez com maior clareza, o falso universalismo europeu que ocultou por séculos a imensa diversidade; outras epistemologias; outras filosofias; outros saberes; incontáveis outras possibilidades de fazer, perceber e viver, fora do imenso pântano moderno, hegemônico europeu, no qual ainda estamos mergulhados. A reação do sistema aos desocultamentos vem de forma desesperada, mostrando as garras do fascismo, produto radicalizado do capitalismo moderno. A reação também vem de forma sofisticada, utilizando os conhecimentos científicos disponíveis para incitar a população ao ódio, dividir as pessoas, derrubar e promover governos segundo os interesses do capital.

Diante da comunicação em tempo real e global, e a construção de uma opinião pública global, as formas tradicionais utilizadas pelo Capital para derrubar governos, com os golpes de estado, guerras coloniais, guerras civis, invasões, guerras econômicas, guerras psicológicas foram substituídas ou incrementadas por novas formas e tecnologias. A guerra, mais do que nunca, ocorre principalmente dentro dos nossos corpos e afeta nossos órgãos, o fígado, estômago, nervos, cérebro e coração. A guerra híbrida, utilizando diversos meios, age afetando as pessoas. Trata-se, hoje, principalmente, de uma guerra de afetos.

A Guerra Híbrida é um conceito em movimento, acompanhando os processos acelerados de construção de novos mecanismos de desestabilização e manipulação da opinião pública. O Brasil foi, talvez, até o momento, o principal campo de teste da guerra híbrida.

A invasão dos corpos brasileiros ocorre em diversos momentos e serve para entendermos um novo espaço e nova técnica de guerra. Se podemos localizar, o atual movimento de guerra contra nossa soberania a partir de 2013, diversos outros movimentos de desestabilização podem ser citados para o sucesso, até o momento, no atual conflito. Citamos alguns mais importantes: a) penetração cultural norte-americana no Brasil após a segunda guerra mundial, com a cultura pop norte-americana, Walt Disney, desenhos animados, gibis, filmes, séries de tv e controle dos meios de comunicação que permanecem

concentrados até hoje, em mãos de poucos grupos econômicos familiares; b) penetração cultural nas forças armadas brasileiras a partir da construção de agulhas negras e o desenvolvimento da doutrina do inimigo interno e as ideologias de segurança nacional em cooperação com o exército norte americano o que irá se expandir mais tarde com a penetração cultural nas polícias civis e militares estaduais e na polícia federal em cooperação com o FBI; c) importante lembrar que a penetração cultural por meio de cooperações técnicas, cursos, viagens de formação se estende mais recentemente, e isto explica muita coisa, aos juízes, membros do Ministério Público, além do patrocínio de jovens políticos e cientistas, o que não é novidade; d) a infiltração em toda a América Latina de Igrejas neopentecostais com forte ideologia individualista, de sucesso individual, altamente politizadas e com forte apelo emocional, espalhada em células por todo o continente americano e hoje em todo o mundo é outro fator de desestabilização. Assistimos no início de 2020 um golpe policial-militar neopentecostal na Bolívia, e os movimentos de desestabilização das polícias no Brasil também por meio de infiltrações neopentecostais nessas organizações. No Brasil assistimos também organizações criminosas e milícias paramilitares em contado com pastores e policiais.

Essas ações citadas acima criam condições para o sucesso da utilização de tecnologias sofisticadas que se tornam disponíveis recentemente e que foram testadas com sucesso no Brasil.

Voltemos então ao ano de 2013: técnicas foram desenvolvidas para mobilizar a população a partir de um mal-estar latente que precisa ser ativado. Esse mal-estar, essa insatisfação latente existe em graus distintos, em todas as pessoas, em todas as sociedades. A questão é como ativá-las. É importante mobilizar as pessoas. Em junho de 2013, centenas de milhares de brasileiros saíram às ruas para mostrar sua insatisfação. Com o que? O governo Dilma tinha naquele momento quase 80% de aprovação, a economia crescia e as pessoas tinham acesso a bens de consumo que, importantes parcelas da população brasileira nunca puderam acessar. Por que então? Ora motivos não faltam e importante era ativar esses motivos, variados, diferentes para cada pessoa. Era necessário um estopim, um pretexto. O aumento da tarifa de ônibus. A mobilização incentivada por meio das redes sociais começou a tocar as pessoas, insatisfeitas por motivos os mais diversos. É importante lembrar alguns detalhes importantes daquele momento. A inclusão de muitas pessoas ocorreu apenas pelo consumo. Muitos passaram a ter acesso à educação superior de qualidade, saúde e moradia, mas para a maioria a inclusão ocorreu pelo consumo e o aumento da produção de automóveis, transporte individual. As mega cidades super lotadas de automóveis, não planejadas, sem transporte público de qualidade, e sem investimento neste, é um ingrediente que massacra os moradores desses grandes centros caóticos. Motivos não

faltam para a insatisfação, e os motivos reais sempre ocultos incialmente passam, inclusive, pela descoberta não dita, de que não seremos felizes pelo acesso aos bens de consumo que nos prometem felicidade.

Uma vez as pessoas impulsionadas ao movimento de explosão da insatisfação, explosões que vimos em diversos outros países do mundo, como no norte da África, Oriente Médio, Ucrânia, entre outros. Agora é a vez da mídia diariamente direcionar essa insatisfação difusa, fundada em motivos reais escondidos no inconsciente de cada pessoa. A mídia, com instrumentos de comunicação de massa e técnicas sofisticadas de propaganda e jornalismo, começa a dizer para as pessoas o motivo de sua insatisfação. O governo Dilma que inicia as manifestações com quase 80% de aprovação termina com menos de 30%, sem que nada tenha ocorrido de diferente na condução do governo que pudesse explicar esse desgaste.

Qual o passo seguinte? Com a reeleição da presidenta Dilma apesar de todos os esforços midiáticos para derrubá-la, o candidato derrotado acusa fraude e pede recontagem. Esses elementos estavam todos presentes no golpe ocorrido na Bolívia no início de 2020, e foram suficientes para impedir a posse do candidato reeleito, Evo Morales. No Brasil não foi suficiente, mas a partir deste momento, no dia seguinte de sua posse o governo torna-se inviável. Não vou discutir aqui os graves equívocos cometidos que facilitaram o golpe que viria a seguir, pois a objetivo aqui é entender o processo de guerra hibrida no Brasil.

O golpe parlamentar é uma novidade e usa as instituições que devem servir à democracia contra a democracia e a constituição. O golpe de estado contra a presidenta Dilma tem um novo formato. Os golpes anteriores, com tanques nas ruas, prisões generalizadas, torturas e fechamento do parlamento, e por vezes do Judiciário, foi substituído por um golpe dado pelo Legislativo com ajuda do Judiciário. Sem dúvida é uma ação arrojada que pode comprometer instituições burguesas criadas pela e para a burguesia. Por isso elas eram preservadas, com o fechamento no período ditatorial, nos golpes anteriores. Lembremos que no Brasil, isso foi diferente com o teatro de mau gosto da ditadura empresarial-militar a partir de 1964, que manteve funcionando, sob rígido controle, os poderes do estado. Uma farsa mal interpretada.

Após o golpe, com o afastamento da Presidenta Dilma, assume seu vice, Michel Temer, figura conservadora e comprometida com interesses privados nacionais e internacionais. O desmonte do Brasil começa de forma acelerada.

O passo seguinte foi afastar diversas lideranças políticas brasileiras. O uso das instituições do Estado de Direito para perseguir inimigos políticos não é novo, mas nesse momento, foi utilizado de maneira avassaladora e aberta para prender Lula e outros políticos, o que vinha sempre acompanhado de um espetáculo midiático e a repetição até a exaustão da “corrupção do

PT". Nesse momento o real vai perdendo cada vez mais importância. Parte do Judiciário decide como quer, sem observar provas ou ritos processuais, uma vez legitimado pelo aparato midiático. Um juiz é alçado à condição de super herói e uma operação da Justiça Federal, Ministério Público Federal e Polícia Federal no Paraná, compromete a economia brasileira e leva a falência grande empresas no setor de construção civil, alimentos entre outros. Importante perceber aqui que não estamos dizendo que estas empresas não faziam operações ilegais, fraudulentas, isto é inerente ao sistema capitalista. O importante notar nesse momento é que, grandes empresas brasileiras que competiam com empresas estrangeiras, especialmente norte-americanas, foram destruídas, o que reflete no agravamento da crise econômica. A invasão começa. Esse mecanismo de guerra híbrida é conhecido por "Law Fare".

Uma vez afastado Lula, preso sem provas, após a deposição de Dilma por um "crime de responsabilidade" sem crime, agora é o momento de garantir a eleição a continuidade do projeto de privatização do Brasil e destruição de nossa soberania.

Vários pré-candidatos da direita foram testados, sem que nenhum tivesse apoio suficiente para vencer as eleições. Claro que todo o esforço até aquele momento, desenvolvido pelos responsáveis pelo golpe, não poderia terminar com a derrota nas eleições. Nesse momento, os mecanismos mais atualizados de guerra híbrida, o uso da Inteligência Artificial, algoritmos, física de dados, análises complexas e ciências do comportamento em vários campos das ciências *psi*, as *Fake News*, entram em cena, de forma massiva, criando universos artificiais para cada grupo de eleitores, classificados em grupos a partir da grande quantidade de dados disponíveis sobre quase todos os eleitores, com a finalidade de eleger Bolsonaro, o que restou à direita. Essa técnica já havia sido utilizada com sucesso na vitória dos conservadores no Reino Unido, no plebiscito do *Brexit*, e na eleição do presidente ultra conservador Donald Trump no EUA. Agora é a vez do Brasil.

Para entender este processo com clareza, recomendo a leitura do livro "Engenheiros do Caos" de Giuliano Da Empoli.[4] Resumindo bastante, a ideia do uso dos algoritmos e a criação das Fake News ocorrem da seguinte maneira. Primeiramente é necessário ter acesso aos dados. Esses estão disponíveis livremente nas redes. Grande parte da população disponibiliza gratuitamente informações as mais diversas sobre a sua vida, consumos, preferencias, desejos, comportamentos, interesses, medos, etc. Ao usarmos celulares, computadores, Facebook, WhatsApp, Instagram, e-mail, etc, etc, fornecemos detalhes importantes sobre tudo o que somos, queremos e tememos. Essas

[4] DA EMPOLI, Giuliano. Os Engenheiros do Caos, 1 edição, São Paulo, editora Vestígio, 2019.

informações são vendidas por essas empresas e são preciosas para o fortalecimento do poder. Qualquer poder. Para se ter uma ideia, com 100 *likes* que damos no Facebook, o algoritmo já será capaz de identificar nossa idade, etnia, preferencias políticas, comportamentos de consumo, alguns medos. Com 300 *likes* a informação se torna muito mais precisa. A empresa que assessorou a campanha dos conservadores ingleses no processo do *Brexit*, no Reino Unido, e a campanha de Trump, dispunha de 4.000 informações sobre quase todos os eleitores. Esses dados, processados a partir de algoritmos, oferece para os analistas informações detalhadas sobre medos e desejos dos eleitores. Esses são separados em grupos e terão notícias, informações, *Fake News*, construídas especialmente para cada grupo, gerando medo, passo primeiro para o ódio. As notícias são criadas para gerar medo, e este medo é alimentado diariamente. A Inteligência Artificial é capaz de gerar notícias falsas direcionadas para cada grupo em enorme quantidade, todo o tempo. Assim o medo não só é criado, mas, diariamente alimentado até virar ódio, que continua sendo alimentado, com notícias falsas que nunca param, construídas sob medida para cada grupo de pessoas identificado e classificado. Isto pode ser feito individualmente, se necessário. As pessoas em estado de ódio não são capazes de raciocinar de maneira equilibrada, racional. O ódio gera uma instabilidade emocional, um desequilíbrio químico do corpo, como uma espécie da droga. Esse é o novo campo de luta. Uma guerra dentro de nós.

## CONCLUSÃO

O presente livro nos oferece detidas análises e estudos do contexto contemporâneo reforçando a necessidade de uma produção cientifica soberana. Lembramos a importância de compreender a radicalidade do momento presente com a guerra comercial, econômica, cultural entre EUA e China; a construção de uma Eurásia forte e ainda a compreensão de como, no Brasil, o governo Bolsonaro é fruto de uma guerra híbrida sofisticada que nos impõe, novamente, a subordinação do Brasil aos interesses norte-americanos por meio de instrumentos sofisticados de guerra tecnológica, midiática, utilizando a análise de física de dados sobre algoritmos e ciências "psi", combinadas com sofisticadas "inteligências artificiais": a mais nova forma de manipulação e invasão das consciências e sentimentos das pessoas para afastar governos indesejáveis ao "Império" e eleger e "legitimar" governos de entreguistas fundados no ódio. Vivemos a crise final do sistema capitalista, e o processo de aceleração de queda do sistema vem acompanhada do agravamento das violências historicamente vinculadas a este regime econômico em um ato desesperado de sobrevivência.

As ciências, o conhecimento, o estudo sistemático e interdisciplinar e contínuo, nos oferece a compreensão necessária para enfrentar e vencer o ataque final do sistema mundo moderno capitalista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TCHERNYCHEVSKII, Nicolai. **O que fazer?**. 1.ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2020.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2018.

DA EMPOLI, Giuliano. Os Engenheiros do Caos. 1 ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

# O NOVO FUNDEB E A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 108/2020

Elisângela Inês Oliveira Silva de Rezende[1]
Marciano Seabra de Godoi[2]

## INTRODUÇÃO

O ano de 2020 ficará marcado na história brasileira por seu extraordinário poder destrutivo de vidas humanas e de diversas outras formas de vida existentes nos biomas brasileiros, especialmente na Amazônia e no Pantanal. Nesse ano desolador, tanto do ponto de vista natural quanto do ponto de vista humano, político e institucional – afinal boa parte da destruição de vidas poderia ter sido evitada ou pelo menos minorada –, houve, contudo, uma importante conquista social: a promulgação da Emenda Constitucional 108, que além de diversas alterações positivas promovidas nos artigos da Constituição que tratam do tema da educação, tornou permanente o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

O objetivo do presente estudo é explicar o funcionamento do Fundef (criado em 1996), a transição para o Fundeb (em 2006) e analisar as principais normas da EC 108/2020 e do novo Fundeb por ela criado.

## FUNDEF

Em 1996, houve dois movimentos legislativos muito importantes no sentido de *fazer andar* as normas dos art. 206, I e VII e do art. 211 da Constituição. Por um lado, promulgou-se no mês de setembro a Emenda Constitucional 14,

[1] Mestra em Direito Público pela PUC Minas. Pesquisadora do Grupo Finanças Públicas Brasileiras, Igualdade e Democracia (CNPq). Diretora do Instituto de Estudos Fiscais. Advogada Tributarista.

[2] Doutor em Direito Financeiro e Tributário (Universidade Complutense de Madri). Mestre em Direito Tributário (UFMG). Realizou pós-doutorado na Universidade Autônoma de Madrid (Bolsa Capes e Fundação Carolina-Espanha). Professor da PUC Minas (graduação, pós-graduação *stricto sensu*). Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Presidente do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi). Advogado.

que alterou a redação de diversos dispositivos constitucionais relacionados à educação e criou o Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) por meio de uma nova redação ao art. 60 do ADCT. Por outro lado, sancionou-se no mês de dezembro a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394).

Eis o funcionamento básico do Fundef, cuja inspiração remonta à Conferência Nacional de Educação realizada em 1994[3]: criam-se, por um prazo de 10 anos, 27 fundos estaduais compostos por recursos oriundos de uma subvinculação (de 60%) de recursos que Estados e Municípios estão obrigados a aplicar na educação. Os recursos do fundo são então rateados "entre cada Estado e seus Municípios proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental" (art. 60, § 2.º do ADCT com a redação da EC 14/1996), cabendo à União complementar os recursos do fundo "sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente" (art. 60, § 3.º do ADCT, na redação da EC 14/1996).

O Fundef buscou viabilizar uma certa redistribuição de recursos intrafundos, com fluxo de recursos em direção aos municípios mais pobres de cada Estado. O que, contudo, não significa uma equalização total de recursos para a educação no âmbito dos Municípios de um mesmo Estado, visto que – isso é muito importante – a arrecadação dos três impostos municipais (IPTU, ISSQN, ITBI) não entra na composição dos fundos estaduais. Persiste, pois, uma forte desigualdade no financiamento educacional no âmbito dos Municípios de um mesmo Estado: enquanto os Municípios pobres e sem potencial arrecadatório próprio investem na educação somente as parcelas que lhes cabem do Fundef estadual, as capitais e os Municípios mais prósperos investem na educação as verbas do Fundef e, adicionalmente, pelo menos 25% da arrecadação de seus três impostos.

No que diz respeito à complementação devida pela União, esta fugiu inescrupulosamente a seus deveres e calculou ilegal e inconstitucionalmente os valores que deveria complementar, prejudicando seriamente os Estados mais pobres da federação, bem como seus Municípios. Em vez de cumprir as normas claras da EC 14/1996 e da Lei 9.494/1996 e comparar o valor-ano por aluno em cada fundo estadual com o valor-ano por aluno em âmbito nacional (dividindo-se o valor total dos fundos pelo número total de matrículas em todo o território nacional), complementando os fundos cujo valor por aluno fosse menor do que o valor por aluno na escala nacional, a União se aferrou

[3] CURY, Carlos Roberto Jamil. Financiamento da Educação Brasileira: do subsídio literário ao FUNDEB, *Educação & Realidade*, Porto Alegre, Vol.43, N.4, out./dez. 2018, 1.243.

a uma interpretação canhestra da legislação que simplesmente se recusava a calcular o "mínimo definido nacionalmente" (expressão utilizada tanto na EC 14/1996 quanto na Lei 9.494/1996) para rebaixar artificiosamente os valores por ela devidos. Somente duas décadas depois da flagrante ilegalidade cometida pela União Federal é que o Supremo Tribunal Federal reconheceu e declarou o direito dos Estados a reaverem as diferenças não recebidas na época própria[4]. Está coberto de razão Carlos Roberto Jamil Cury ao afirmar que[5]

> não fora a grave omissão desse governo em cumprir a equação aritmética por ele mesmo defendida na Lei 9.424/1996 para o valor médio do custo-aluno-ano, o FUNDEF, mesmo remodelado conservadoramente, poderia ter tido uma efetivação mais consequente.

Se por um lado o potencial redistributivo do Fundeb acabou sendo prejudicado por essa chicana vergonhosa da União Federal no cálculo das parcelas a serem complementadas, por outro lado algumas normas da EC 14/1996 permaneceram numa espécie de limbo, não tendo sido devidamente regulamentadas para que gerassem efeitos. Foi o caso da nova redação do art. 211, § 1.º da Constituição, que passou a exigir da União uma função "redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios". Essa equalização de oportunidades aliada à definição de um padrão mínimo de qualidade do ensino seria um passo mais além do Fundeb, um passo importante também previsto expressamente no § 4.º do art. 60 do ADCT[6], um passo que, contudo, ainda não se concretizou.

## LDB

O mesmo impulso que levou o constituinte derivado a aprovar em setembro de 1996 as normas da EC 14 que mencionavam a equalização de

[4] Cf., por exemplo, a Ação Cível Originária 660 (Relator Ministro Marco Aurélio), proposta pelo Estado do Amazonas em 2002, com julgamento realizado somente 15 anos depois, em 2017, e acórdão transitado em julgado somente em 2020, após embargos de declaração opostos pela União.

[5] CURY, Carlos Roberto Jamil. Financiamento da Educação Brasileira: do subsídio literário ao FUNDEB, *Educação & Realidade*, Porto Alegre, Vol.43, N.4, out./dez. 2018, 1.244.

[6] Art.60, § 4.º ADCT (redação da EC 14/1996). A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade do ensino, definido nacionalmente".

oportunidades educacionais e a definição de um padrão mínimo nacional de qualidade do ensino impeliu o legislador ordinário a tratar desse tema no bojo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei 9.394).

Após repetir em seu art. 3.º, IX a norma constitucional (art. 206, VII) que erige o princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino, a LDB avança e se adensa um pouco mais sobre o tema em seu art. 4.º, IX, ao prescrever – como se saísse da pena inspirada de Anísio Teixeira – que

> Art. 4.º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...) IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

No título que dedicou aos Recursos Financeiros, a LDB volta à carga e regulamenta mais uma vez o tema da definição nacional do padrão mínimo de qualidade do ensino:

> Art. 75. A ação supletiva e redistributiva da União e dos Estados será exercida de modo a corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino.
>
> § 1º A ação a que se refere este artigo obedecerá a fórmula de domínio público que inclua a capacidade de atendimento e a medida do esforço fiscal do respectivo Estado, do Distrito Federal ou do Município em favor da manutenção e do desenvolvimento do ensino.
>
> § 2º A capacidade de atendimento de cada governo será definida pela razão entre os recursos de uso constitucionalmente obrigatório na manutenção e desenvolvimento do ensino e o custo anual do aluno, relativo ao padrão mínimo de qualidade.
>
> § 3º Com base nos critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º, a União poderá fazer a transferência direta de recursos a cada estabelecimento de ensino, considerado o número de alunos que efetivamente frequentam a escola.
>
> § 4º A ação supletiva e redistributiva não poderá ser exercida em favor do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios se estes oferecerem vagas, na área de ensino de sua responsabilidade, conforme o inciso VI do art. 10 e o inciso V do art. 11 desta Lei, em número inferior à sua capacidade de atendimento.
>
> Art. 76. A ação supletiva e redistributiva prevista no artigo anterior ficará condicionada ao efetivo cumprimento pelos Estados, Distrito Federal e Municípios do disposto nesta Lei, sem prejuízo de outras prescrições legais.

Em suma: no final de 1996, com a promulgação da EC 14 e a sanção da Lei 9.394 (LDB), a legislação constitucional e infraconstitucional foi especificamente programada para finalmente tornar realidade a equalização nacional das condições de acesso e permanência na escola com a definição quantitativa de um padrão mínimo de qualidade a partir dos insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. Mas isso não ocorreu. Como se viu acima, não houve vontade política nem mesmo para honrar o compromisso de efetuar corretamente e de boa-fé os cálculos da parcela federal a ser complementada ao Fundef.

## FUNDEB

O Fundeb é uma continuação melhorada, por mais 14 anos, do Fundef. A partir da Emenda Constitucional 53/2006, os fundos estaduais passaram a englobar despesas com todo o ensino básico (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e a exigir que Estados e Distrito Federal destinem a seus respectivos fundos 20% de seus impostos próprios (ICMS, ITCMD, IPVA) e 20% das transferências de receitas tributárias que recebem da União (cotas do Fundo de Participação dos Estados,[7] 20% da arrecadação de um eventual imposto federal residual[8] e 10% da arrecadação do IPI[9]).

Na distribuição dos recursos do Fundeb, são consideradas as matrículas nas escolas públicas e conveniadas, apuradas no último censo escolar realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP[10]. Leva-se em conta, em cada rede, o universo dos alunos nas etapas de educação infantil (creche e pré-escola), ensino fundamental e ensino médio; nas modalidades de ensino regular, educação especial, educação de jovens e adultos e ensino profissional integrado; nas escolas localizadas nas zonas urbana e rural; e nos turnos com regime de atendimento em tempo integral ou parcial (matutino e/ou vespertino ou noturno).

Assim como no Fundef, o Fundeb não exige que os Municípios aportem aos fundos a arrecadação de seus impostos próprios. A destinação de recursos dos Municípios ao Fundeb consiste na parcela de 20% das transferências tributárias que recebem da União (cotas do FPM[11], 50% ou 100% da

7 Art. 159, I, "a" da CF.
8 Art. 157, II da CF.
9 Art. 159, II da CF.
10 Disponível em https://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb, Ministério da Educação, acesso em 10 de outubro de 2020.
11 Art. 159, I, "b" da CF.

arrecadação do ITR)[12] e dos Estados (50% da arrecadação do IPVA e 25% da arrecadação do ICMS[13]).

No Fundeb, os recursos seguem sendo distribuídos entre Estados, Distrito Federal e Municípios proporcionalmente ao número de alunos matriculados nas diversas etapas e modalidades da educação básica, e a União segue com o dever constitucional (art. 60, V do ADCT) de complementar os fundos sempre que, em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. A complementação mínima da União (que, na prática, sempre funcionou como um teto) foi fixada em valores pecuniários crescentes nos três primeiros anos do Fundeb, e no valor de 10% do total dos recursos aportados aos fundos por Estados e Municípios a partir do quarto ano (art. 60, VII do ADCT).

Para o ano de 2020, o valor mínimo nacional por aluno foi fixado pelo governo federal em R$ 3.643,16. Esse valor é calculado com base numa "conta de chegada" e nada tem a ver com o cumprimento das normas da LDB que, inspiradas pelos princípios constitucionais (art. 206), se referem ao custo anual do aluno conforme um padrão mínimo de qualidade a ser aferido pelo valor dos insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. O modo concreto pelo qual se calcula o valor mínimo nacional por aluno no âmbito da distribuição do Fundeb é previsto na Lei 11.484/2007 e explicado didaticamente no Parecer 111/220, do Senador Flávio Arns (Proposta de Emenda Constitucional que se converteu na EC 108/2020)[14]:

> Atualmente, o valor mínimo nacionalmente definido no Fundeb (valor anual por aluno – VAA) é calculado a partir de uma conta de chegada: estipulado o montante da complementação da União, que, como mencionado, sempre correspondeu ao percentual mínimo de 10% do total dos fundos, ele é destinado ao fundo de menor valor *per capita* até que esse valor se iguale ao de segundo menor valor *per capita*; o restante da verba federal é, em seguida, destinado aos dois fundos de menor valor *per capita*, até que os valores *per capita* de ambos se igualem ao terceiro menor; e assim sucessivamente, até que seja exaurida toda a complementação federal.

[12] Art. 158, II da CF.

[13] Art. 158, III e IV da CF.

[14] ARNS, Flávio. Relatório Legislativo da PEC nº 26/2020. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8869297&ts=1602265272541&disposition=inline, acesso em 10 de outubro de 2020.

Os fundos estaduais que nos últimos anos vêm recebendo complementação federal são os de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco e Piauí. No caso dos demais Estados e seus respectivos Municípios, não há complementação federal.

Lê-se do Parecer 111/220, do Senador Flávio Arns (Proposta de Emenda Constitucional que se converteu na EC 108/2020), que[15]

> não fosse o Fundeb, estima-se que os valores mínimos de aplicação em educação girariam em torno de R$ 500 por aluno/ano nos municípios mais pobres do Brasil. Com o Fundeb, hoje, assegura-se que o investimento mínimo *per capita* corresponda a cerca de R$ 3.600 por ano, reduzindo bastante as desigualdades entre regiões, estados e também entre municípios de um mesmo estado.

Como o Fundeb não leva em conta, no caso dos Municípios, a aplicação dos impostos próprios (IPTU, ISSQN e ITBI) nos gastos educacionais obrigatórios, ocorre uma grave distorção. No caso das Capitais e dos Municípios com boa arrecadação de impostos próprios, os valores anuais totais investidos por aluno na educação básica superam em muito os valores anuais *per capita* mensurados pelo Fundeb. Já no caso dos Municípios pobres e sem capacidade de arrecadação tributária própria, os valores anuais totais investidos por aluno na educação básica são praticamente iguais aos valores anuais *per capita* do Fundeb.

Conforme apurou o Movimento Todos pela Educação em 2017, 25% das redes de ensino no país tinha menos de R$ 3.600 por aluno/ano (R$ 300 por aluno/mês) para investir em Educação e 46% tinham menos de R$ 4.300 por aluno /ano. Por outro lado, 150 redes de ensino dispõem do dobro, com mais de R$ 7.200 por aluno/ano. As diferenças não advêm dos recursos do Fundeb, e sim dos recursos adicionais: "Tal desigualdade dá-se principalmente pelas diferenças no montante por aluno de receitas fora do FUNDEB (...) o desvio-padrão dos valores aluno/ano do FUNDEB é de R$ 284, o desvio-padrão dos valores aluno/ano extra-FUNDEB é de R$ 1.155"[16].

Por esse motivo, muitos Municípios pobres de Estados (como Minas Gerais) que não recebem complementação federal apresentam gastos totais *per capita* em educação básica bem inferiores aos gastos totais *per capita* de Municípios situados em Estados que recebem complementação federal.

---

[15] *Ibid.*

[16] MOVIMENTO TODOS PELA EDUCAÇÃO, *Nota Técnica: Análise da relação entre investimento por aluno e qualidade do ensino*, Agosto 2019.

Se o Fundeb representa 63% do investimento total em educação básica, conclui-se que aproximadamente 40% do que é gasto em educação básica vem de fontes adicionais ao Fundeb, mais precisamente dos impostos municipais que estão fora da cesta dos itens que compõem o Fundeb.

Essa incapacidade do Fundeb atual de comparar Municípios de Estados diferentes em termos de recursos totais *per capita* dedicados à educação básica foi corrigida com o novo Fundeb aprovado pela EC 108/2020, cujas principais normas serão analisadas na parte final desse estudo.

## O PNE de 2014, suas metas e estratégias

O constituinte de 1988 reservou um artigo da Constituição somente para tratar do Plano Nacional de Educação (PNE), de duração plurianual e com o objetivo básico de articular e desenvolver o ensino em seus diversos níveis, integrando as ações do poder público (redação original do art. 214).

Em 2001 sancionou-se a Lei 10.172, que aprovou o primeiro PNE pós-1988. Vejamos o diagnóstico de Carlos Roberto Jamil Cury sobre esse documento[17]:

> Sua tramitação expôs o embate entre dois projetos: o do executivo, mais sintético e menos abrangente, e o da sociedade civil, mais analítico e abrangente. A lei aprovada no Congresso apresenta realismo no diagnóstico da educação nacional e metas a serem alcançadas. Contudo, sua eficácia, dependente do financiamento, ao ser sancionada pela presidência da República, sofreu vetos em todos os seus itens relativos a esta base de sustentação que fossem além dos recursos vinculados e subvinculados. Tal mutilação significou uma perda substantiva do caráter obrigatório do Plano, praticamente tornado declaratório. Nesse sentido, este Plano, junto com o de 1936 e o de 1962, expressa mais um fracasso, seja devido a golpes antidemocráticos, seja devido a veto de financiamento de metas.

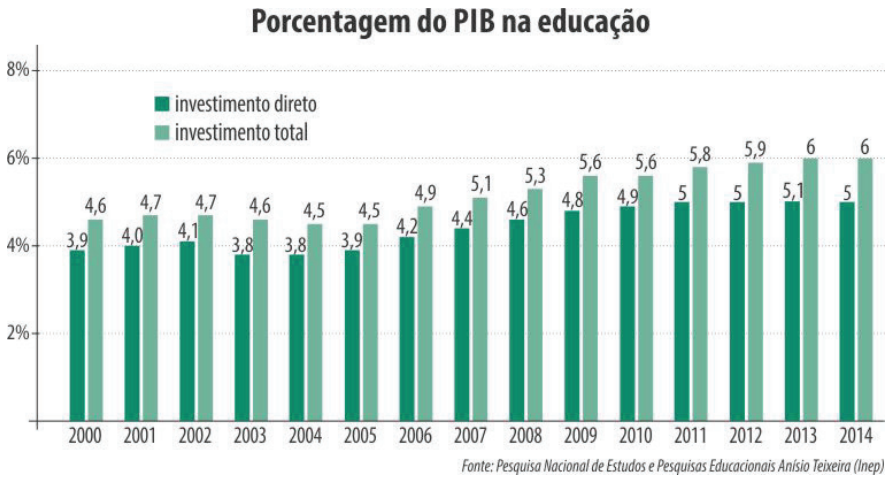
Em 2009, portanto já sob a vigência do Fundeb, a Emenda Constitucional 59 alterou a redação do *caput* do art. 214, que passou a prever que o plano terá duração decenal, e vincou a necessidade de que o plano articule o sistema nacional de educação "em regime de colaboração" e defina "diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação". Como em 2001 o Presidente

[17] CURY, Carlos Roberto Jamil. Financiamento da Educação Brasileira: do subsídio literário ao FUNDEB, *Educação & Realidade*, Porto Alegre, Vol.43, N.4, out./dez. 2018, 1.244.

da República vetara o dispositivo do PNE aprovado no Congresso que elevava gradativamente o percentual de gastos públicos em educação para 7% do PIB em uma década, o constituinte derivado da EC 59 decidiu incluir um novo inciso ao art. 214, obrigando o legislador do PNE a estabelecer "meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto" (art. 214, VI).

A Lei 13.005/2014 aprovou um novo PNE para o período 2014/2024. Foram descritas 20 metas a serem atingidas; a meta 20 previu a elevação dos investimentos em educação para atingir no mínimo 7% do PIB em 2019, e no mínimo10% do PIB em 2024. No gráfico abaixo tem-se a evolução desses gastos no período de 2000 a 2014[18]:

**Porcentagem do PIB na educação (2000-2014)**




Levantamento de junho de 2020 da Campanha Nacional pelo Direito à Educação indica que 85% das metas do PNE não estão sendo cumpridas no prazo, havendo estagnação e até mesmo retrocesso no cumprimento da maioria delas[19].

[18] Fonte: REZENDE, Elisângela Inês Oliveira Silva de. *Caminhos e descaminhos da educação fiscal*: Um olhar crítico sobre a tributação, a educação, a cidadania à luz da trajetória constitucional brasileira. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020

[19] CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. VII Balanço do Plano Nacional de Educação, disponível em https://media.campanha.org.br/semanadeacaomundial/2020/materiais/BALANCO_14052020.pdf. Acesso em 13 out.2020.

No que diz respeito ao financiamento da educação básica, e para compreender melhor o novo Fundeb que será descrito no item a seguir, é importante destacar algumas estratégias previstas no PNE para o cumprimento de duas de suas metas.

A meta 7 consiste em "fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem" de modo a atingir metas nacionais específicas para o Ideb (nos anos iniciais e finais do ensino fundamental e no ensino médio) nos anos de 2015, 2017, 2019 e 2021. Uma das estratégias definidas no PNE para atingir essa meta é a seguinte:

> 7.21. a União, em regime de colaboração com os entes federados subnacionais, estabelecerá, no prazo de dois anos contados da publicação desta lei, parâmetros mínimos de qualidade dos serviços da educação básica, a serem utilizados como referência para infraestrutura das escolas, recursos pedagógicos, entre outros insumos relevantes, bem como instrumento para adoção de medidas para a melhoria da qualidade do ensino;

Para atingir a meta 20 (investimentos em educação representando 10% do PIB em 2024), o PNE definiu as estratégias 20.6 a 20.10, *verbis*:

> 20.6. no prazo de dois anos da vigência deste PNE, será implantado o Custo Aluno-Qualidade inicial (CAQi), referenciado no conjunto de padrões mínimos estabelecidos na legislação educacional e cujo financiamento será calculado com base nos respectivos insumos indispensáveis ao processo de ensino-aprendizagem e será progressivamente reajustado até a implementação plena do Custo Aluno Qualidade (CAQ);
>
> 20.7. implementar o Custo Aluno Qualidade (CAQ) como parâmetro para o financiamento da educação de todas etapas e modalidades da educação básica, a partir do cálculo e do acompanhamento regular dos indicadores de gastos educacionais com investimentos em qualificação e remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação pública, em aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino e em aquisição de material didático-escolar, alimentação e transporte escolar;
>
> 20.8. o CAQ será definido no prazo de três anos e será continuamente ajustado, com base em metodologia formulada pelo Ministério da Educação (MEC), e acompanhado pelo Fórum Nacional de Educação (FNE), pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) e pelas Comissões

> de Educação da Câmara dos Deputados e de Educação, Cultura e Esportes do Senado Federal;
>
> 20.9. regulamentar o parágrafo único do art. 23 e o art. 211 da Constituição Federal, no prazo de dois anos, por lei complementar, de forma a estabelecer as normas de cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, em matéria educacional, e a articulação do sistema nacional de educação em regime de colaboração, com equilíbrio na repartição das responsabilidades e dos recursos e efetivo cumprimento das funções redistributiva e supletiva da União no combate às desigualdades educacionais regionais, com especial atenção às regiões Norte e Nordeste;
>
> 20.10. caberá à União, na forma da lei, a complementação de recursos financeiros a todos os estados, ao Distrito Federal e aos municípios que não conseguirem atingir o valor do CAQi e, posteriormente, do CAQ.

Essas estratégias 7.21 e 20.6 a 20.10, que repisam e desdobram o que já estava previsto no art. 4.º, IX e nos art.75 da LDB de 1996, passaram longe de ser cumpridas.

Para que se tenha uma ideia da resistência e mesmo da aversão do governo federal à regulamentação do Custo Aluno Qualidade, veja-se o seguinte trecho do já referido estudo de 2020 da Campanha Nacional pelo Direito à Educação[20]:

> Com a aprovação da política do Teto de Gastos (...), ficou inviável a implementação do Custo Aluno-Qualidade (CAQi/CAQ), que previa o aumento do investimento em educação e não sua redução. Além disso, pelo CAQi/CAQ ser um mecanismo que vincula o financiamento com parâmetros de qualidade para a educação básica, tais insumos básicos também não foram regulamentados e, muito menos, estabelecidos e implementados. Os cortes de orçamento para a área estão diretamente ligados à não implementação do CAQi/CAQ. Por isso, em 25 de março de 2019, o Ministério da Educação (MEC) editou a Portaria nº 649/2019, retirando o CAQi/CAQ das preocupações do Comitê Permanente de Avaliação de Custos na Educação Básica do Ministério da Educação, que define políticas de financiamento da educação. No dia seguinte, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação anulou o Parecer nº 08/2010, que normatizava

[20] CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. VII Balanço do Plano Nacional de Educação, disponível em https://media.campanha.org.br/semanadeacaomundial/2020/materiais/BALANCO_14052020.pdf. Acesso em 13 out.2020.

> o CAQi/CAQ, único mecanismo que, até aqui, tinha avançado para a possibilidade de sua implementação.

Assim, concluímos que, no final de 1996, a legislação constitucional (EC 14) e infraconstitucional (LDB) foram programadas para finalmente tornar realidade a equalização nacional das condições de acesso e permanência na escola com a definição quantitativa de um padrão mínimo de qualidade a partir dos insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. O que infelizmente não veio a ocorrer. A aprovação legislativa do PNE em 2014, especificamente das estratégias mencionadas acima, mais uma vez procurou impelir a União Federal a tomar atitudes concretas rumo à equalização das condições de acesso/permanência na escola e à implantação do padrão mínimo de qualidade do ensino. E mais uma vez nada aconteceu.

Conforme se verá na próxima seção, a EC 108/2020 incluiu novo § 7.º ao art. 211 da Constituição exatamente para tentar forçar o legislador federal a aprovar uma lei complementar sobre o tema.

## Principais medidas da EC 108/2020 e do novo Fundeb

A EC nº 108/2020 tornou permanente uma das principais fontes de financiamento da educação pública no país, o Fundeb. Antes previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 60), o Fundeb passa agora para o corpo permanente da Constituição (art. 212-A).

Mas a EC 108/2020 não se limitou a tratar do Fundeb. Tratou também de outros temas muito importantes para o financiamento da educação pública em geral. Uma nova regra extremamente positiva é a proibição expressa de que os recursos que o art. 212 da Constituição vincula à educação sejam usados no pagamento de aposentadorias e pensões (novo art. 212, § 7.º da Constituição), prática infelizmente corriqueira entre os Estados brasileiros.

Outra medida importante e positiva da EC 108/2020 que nada tem a ver com o Fundeb é a alteração dos critérios de distribuição da cota municipal do ICMS, valor que para muitos Municípios pequenos é a maior fonte de receita. A Constituição determina em seu artigo 158, inciso IV que os Estados deverão repassar 25% da receita do ICMS aos seus Municípios. No parágrafo único do mesmo artigo, determinam-se as proporções e os critérios a serem aplicados nessa distribuição. Com a EC 108/2020, esse dispositivo passou a ter a seguinte redação:

> Artigo 158, parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

> I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
>
> II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Até a EC 108/2020, as proporções eram de no mínimo 75% de acordo com o valor adicionado nos territórios dos Municípios, e até 25% com base em critérios da legislação estadual. Portanto, a EC 108/2020 deu aos Estados a possibilidade de aumentarem sensivelmente a parcela do ICMS a ser distribuída segundo critérios de governança educacional existente em cada Município. Vale dizer: a mudança é feita no sentido de buscar premiar os Municípios que tenham ou passem a ter uma boa governança na área educacional e consigam melhorias nos resultados de aprendizagem e aumento da equidade. Não se trata de premiar os Municípios com maior Ideb: leva-se em conta o processo dinâmico de melhoria nos resultados e também os indicadores de equidade em cada Município.

A EC 108/2020 alterou a redação do § 4.º do art. 211 da Constituição e a ele incluiu dois novos parágrafos. A nova redação do § 4.º acentua que a colaboração federativa na área educacional deve assegurar não só a universalização, mas também a "qualidade e a equidade do ensino obrigatório". Essa nova redação está em linha com o novo § 7.º do art. 211, o único dispositivo da EC 108/2020 que gerou certa polêmica entre os congressistas. Eis o teor do texto:

> § 7º O padrão mínimo de qualidade de que trata o § 1º deste artigo considerará as condições adequadas de oferta e terá como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ), pactuados em regime de colaboração na forma disposta em lei complementar, conforme o parágrafo único do art. 23 desta Constituição.

A novidade consiste em levar diretamente para o texto constitucional as normas introduzidas em 1996 na LDB (art. 4.º, IX) e em 2014 no PNE (estratégias 7.21 e 20.6 a 20.10), mas que nunca foram efetivadas. Busca-se, assim, finalmente quebrar a ferrenha resistência do executivo federal contra a implantação de um padrão mínimo de qualidade em âmbito nacional tomando como referência o Custo Aluno Qualidade. Élida Graziane Pinto e Salomão Ximenes tecem considerações interessantes sobre a importância e o significado do Custo Aluno Qualidade e sua previsão no texto constitucional:

> Negar validade ao CAQ é refutar a exigibilidade de critérios universais que são esperados para o bom funcionamento das escolas e dos sistemas de ensino, como, por exemplo, formação e valorização do magistério, espaços e equipamentos básicos, número adequado de estudantes por turma e por escola, carga-horária mínima, tempo dedicado ao planejamento e à interação com a comunidade etc. Ou seja, cuida-se do rol de insumos que, uma vez assegurados, fortalecem a possibilidade de efetiva realização do direito à educação e, consequentemente, o alcance das aprendizagens pretendidas em todos os contextos.
>
> (...)
>
> O CAQ, ao expressar o *"padrão mínimo de qualidade"* em *"condições adequadas de oferta"* busca estipular insumos que são o mínimo existencial em matéria de democratização não só do acesso, mas da equidade e das condições de usufruto com qualidade da experiência escolar. Como mínimo existencial, adaptável aos diferentes contextos, deve ser observado em todo o país como parcela indisponível do direito à educação. É, assim, exigência decorrente do conteúdo dos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola básica e garantia de padrão de qualidade (CF/88, artigo 206, I e VII).
>
> A manutenção de grandes disparidades na política de financiamento das condições de acesso à escola implica violação à educação em seu sentido democratizador. Só a renitente tolerância à desigualdade, uma marca que influencia e configura as políticas públicas no país, pode explicar que ainda exista resistência a uma ideia intuitiva e simples de que todos os estudantes deveriam dispor dos recursos básicos necessários à sua escolarização, independentemente de sua naturalidade, classe social, cor ou local de residência[21].

De nossa parte, celebramos que o novo art. 211, § 7.º da Constituição mencione expressamente as condições adequadas de oferta e o Custo Aluno Qualidade como referência para a pactuação pelos entes federativos de um padrão mínimo de qualidade da educação. Contudo, é importante lembrar que a EC 14 introduziu no texto constitucional, há exatos 24 anos, norma expressa determinando que a União exercesse "função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão

[21] XIMENES, Salomão; PINTO, Élida Graziane. O Custo Aluno Qualidade na PEC do Fundeb**.** *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, 12 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/xavier-graziane-pinto-custo-aluno-qualidade-pec-fundeb. Acesso em 13 out. 2020.

mínimo de qualidade do ensino" (redação dada em 1996 ao art. 206, § 1.º da Constituição). Como a inclusão dessa norma expressa no texto constitucional não alcançou o resultado almejado, e 24 anos depois o "padrão mínimo de qualidade" do ensino ainda nem começou a ser discutido no Congresso Nacional, será necessária muita luta política e social ao longo dos próximos anos para que o Custo Aluno Qualidade finalmente seja implantado.

Vejamos agora as normas relativas ao novo Fundeb. A mudança mais direta e impactante promovida no Fundeb pela EC 108/2020 é a adoção de um modelo híbrido de complementação da União. Atualmente, a complementação da União consiste somente numa parcela de 10% do total arrecadado pelos 27 fundos, parcela que é distribuída aos fundos estaduais sempre que o valor por aluno, nesses fundos, não alcançar o mínimo definido nacionalmente (art. 60, V a VII do ADCT, na redação da EC 53/2006).

No novo Fundeb, mantém-se essa parcela de no mínimo 10% de complementação federal a ser distribuída aos fundos nos quais o valor anual por aluno (VAAF) seja inferior ao mínimo nacionalmente definido, mas a ela somam-se outras duas complementações, a saber:

- uma complementação de no mínimo 10,5% do total arrecadado pelos fundos, a ser distribuída a redes de ensino municipais ou estaduais sempre que o valor anual total por aluno (VAAT) nessas redes não alcançar o mínimo definido nacionalmente;

- uma complementação de 2,5% do total arrecadado pelos fundos, a ser distribuída a redes de ensino que cumprirem determinadas condicionalidades de melhoria de gestão previstas em lei e alcançarem evolução de indicadores de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica (essa nova complementação passará a ser feita somente a partir de 2023, em valores crescentes, indo de 0,75% em 2023 a 2,5% em 2026).

A EC 108/2020 determinou que essas três modalidades de complementação da União ao Fundeb não entram no cálculo do Teto de Gastos instituído pela EC 95/2016 (nova redação do art. 107, § 6.º, I do ADCT) e que haverá em 2026 uma revisão geral dos critérios de distribuição dos recursos dos fundos estaduais e também da complementação da União e, a partir de 2026, revisões decenais (novo art. 60-A do ADCT).

Quanto à nova complementação de 10,5%, que utilizará como critério o valor anual total por aluno (VAAT) e não o valor anual por aluno apurado com as receitas do próprio Fundeb (VAAF), seu objetivo é acabar com a grave distorção do sistema atual que já explicamos no presente estudo. Com efeito, o Fundeb atual não leva em conta, no caso dos Municípios, a aplicação dos impostos próprios (IPTU, ISSQN e ITBI) nos gastos educacionais obrigatórios.

Por esse motivo, muitos Municípios de Estados que não recebem complementação federal apresentam gastos totais *per capita* em educação básica bem inferiores aos gastos totais *per capita* de Municípios (com boa arrecadação de impostos próprios) situados em Estados que recebem complementação federal.

Essa nova complementação da União acabará com incapacidade do Fundeb atual de comparar Municípios de Estados diferentes em termos de recursos totais *per capita* dedicados à educação básica, conforme explicado pelo Senador Flávio Arns:

> Ou seja, o novo critério (...) lança seu olhar sobre as situações particulares "município por município", e considera no cálculo da partilha todos os recursos vinculados à educação, aprimorando o critério antigo, o qual olha somente "estado por estado", considerando unicamente os recursos recebidos via Fundeb. (...) Essa ampliação da cobertura beneficiará estudantes de redes de 24 estados da Federação, 15 a mais do que os 9 estados abarcados atualmente.[22].

Outras estimativas afirmam que a nova modalidade de complementação da União segundo o VAAT irá "levar mais dinheiro a 2.750 municípios, de 25 estados, atingindo 17 milhões de alunos"[23].

A EC 108/2020 (art. 212-A, § 1.º) dispõe que o cálculo do VAAT deve considerar, pelo menos, as receitas dos Estados, do DF e dos Municípios que sejam vinculadas à manutenção e desenvolvimento do ensino e não integram o Fundeb (como os 25% do ISSQN, ITBI e IPTU), as cotas estaduais e municipais da arrecadação do salário-educação e também a complementação que as redes estaduais receberem no âmbito do Fundeb (distribuição dos 10% de complementação da União aos fundos nos quais o valor anual por aluno (VAAF) for inferior ao mínimo nacionalmente definido).

Essa nova complementação de no mínimo 10,5% do valor total dos fundos será feita de modo crescente ao longo dos próximos anos: 2% em 2021; 5% em 2022; 6,25% em 2023; 7,5% em 2024; 9% em 2025 e 10,5% em 2026 (cf. nova redação do art. 60, § 1.º do ADCT). Além disso, a EC

---

[22] ARNS, Flávio. Relatório Legislativo da PEC nº 26/2020. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8869297&ts=1602265272541&disposition=inline, acesso em 10 de outubro de 2020.

[23] NOVO Fundeb vai tirar 46% das cidades de condição de subfinanciamento, Folha de São Paulo, São Paulo, 26 jul. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/07/novo-fundeb-vai-tirar-46-das-cidades-de-condicao-de-subfinanciamento.shtml. Acesso em 14 out. 2020.

108/2020 definiu que 50% dos valores relativos a essa forma de complementação devem ser destinados à educação infantil (art. 212-A, § 3.º) e no mínimo 15% dos valores totais devem se referir a despesas de capital (art. 212-A, XI).

Em relação ao percentual mínimo dos recursos do Fundeb a serem destinados ao pagamento de professores e funcionários, o novo Fundeb apresenta uma regra distinta daquela introduzida pela EC 53/2006. A nova regra afirma que no mínimo 70% dos recursos (excluída a complementação da União de 2,5% conforme indicadores de atendimento e melhoria de aprendizagem) deve ser destinada "ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício" (art. 212-A, XI), ao passo que a regra anterior dispunha que um mínimo de 60% deveria ser destinado ao "pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício" (art. 60, XII do ADCT na redação da EC 53/2006)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito das potencialidades transformadoras da EC 108/2020 pode se perder se a sociedade civil baixar a guarda e não pressionar diuturnamente o poder legislativo por uma regulamentação tempestiva e adequada das regras e princípios introduzidos por referida Emenda Constitucional. Arrolamos a seguir algumas das regulamentações mais sensíveis da Emenda, que vão muito além do novo Fundeb.

Destacamos inicialmente uma regulamentação que não se relaciona diretamente ao Fundeb, mas impacta fortemente a lógica do financiamento da educação municipal. As Assembleias Legislativas estaduais têm dois anos a partir da EC 108 para aprovar novas leis introduzindo critérios de distribuição da cota do ICMS conforme indicadores educacionais (art. 3.º da EC 1018/2020). Cabe à sociedade civil organizada acompanhar e influenciar os trabalhos das Assembleias Legislativas Estaduais quanto ao tema, que é de total interesse de prefeitos e gestores educacionais municipais.

Talvez a regulamentação mais sensível e historicamente problemática é a que deve ser feita em prol da "equalização de oportunidades educacionais" e do "padrão mínimo de qualidade do ensino", os quais aguardam uma regulamentação desde 1996, quando foram introduzidos no art. 211, § 1.º da Constituição pela EC 14. A EC 108 buscou tirar do limbo essa regulamentação, com a introdução do novo § 7.º ao art. 211, introduzindo expressamente nessa equação o Custo Aluno Qualidade e via regulamentar da lei complementar prevista no art.23, parágrafo único da Constituição.

A EC 108/2020 introduziu ao art. 212 da Constituição um novo § 9.º, que dispõe que "a lei disporá sobre normas de fiscalização, de avaliação e de controle das despesas com educação nas esferas estadual, distrital e municipal". Trata-se de norma que perpassa o Fundeb e vai muito mais além. Caso seja bem feita e inclua a participação efetiva da sociedade civil, esta lei mencionada no novo art. 212, § 9.º da Constituição tem tudo para inaugurar uma nova etapa nas políticas públicas educacionais brasileiras.

Outro dispositivo introduzido na Constituição pela EC 108/2020 que tem potencialidades imensas, mas que depende de uma regulamentação adequada e democrática, é o parágrafo único introduzido no art. 193 da Constituição, que inaugura o Título da Ordem Social: "O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas" (grifamos). Numa quadra autoritária e truculenta, em que as políticas públicas tendem a ser impostas pelo executivo de modo opaco e sem discursividade, a introdução desse dispositivo na Constituição deve ser comemorada.

Quanto ao novo Fundeb, a entrar em vigor já em 1.º de janeiro de 2021, o tempo é muito curto para regulamentar, por lei, aspectos fundamentais, como, por exemplo (cf. art. 212-A, X da Constituição): a forma de cálculo das três formas de complementação da União (duas delas inexistentes no regime anterior); as ponderações quanto à distribuição dos recursos dos fundos às redes levando em conta etapas, modalidades, duração de jornada e tipos de estabelecimento de ensino; a aplicação mínima de 70% do fundo em pagamento de profissionais da educação básica em efetivo exercício; as normas de transparência, monitoramento e fiscalização dos fundos, incluindo seu controle interno, externo e social; as normas para avaliar os efeitos redistributivos, a efetiva melhoria e a ampliação do atendimento provocados pelo Fundeb.

Na Câmara, já foi apresentado pela Dep. Professora Dorinha Seabra Rezende o Projeto de Lei nº 4.372/2020[24], o qual detalha toda a operacionalização do novo Fundeb. Merece destaque a previsão legal (artigo 46) de que, nos dois primeiros anos de vigência do Fundeb, a União deverá alocar, além do percentual referente à complementação do fundo, recursos orçamentários para a compensação emergencial dos efeitos da pandemia da Covid-19.

Na justificação desse Projeto, há a informação de que ele foi subsidiado pelo Estudo Técnico nº 22/2020 - Conof/CD, que projetou, já no primeiro ano

[24] FUNDEB: Projeto de Lei de Regulamentação nº 4.372/2020. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1926034&filename=PL+4372/2020, acesso em 10 de outubro de 2020.

de vigência com a nova complementação da União (VAAT - 2%), um acréscimo de recursos para 1.400 municípios de maior vulnerabilidade no país, localizados em 13 Estados das regiões Norte, Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste, com expectativa de que o valor mínimo por aluno seja elevado em 19%, equalizado em todos os municípios beneficiados.

No âmbito do Senado, tramita a Proposta de Lei nº 4.519/2020[25] de autoria do senador Randolfe Rodrigues (Rede/AP). Na justificativa do Projeto, o senador deixa claro que o intuito é reunir contribuições para o aperfeiçoamento do PL nº 4.372/20, uma vez que houve uma bem sucedida experiência de proposição da PEC nº 65/2019, construída em parceria com diversos consultores, professores e ativistas da Campanha Nacional pelo Direito à Educação.

Que o clima consensual que reinou no Congresso Nacional quando da votação e aprovação da EC 108/2020 possa se repetir, ainda neste ano, na regulamentação dos aspectos operacionais essenciais do novo Fundeb, e nos anos seguintes por ocasião da regulamentação de diversos pontos centrais da referida Emenda Constitucional.

[25] Projeto de Lei do Senado Federal nº 4.519/2020. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889156&ts=1602082553012&disposition=inline, acesso em 10 de outubro de 2020.

# II PARTE

# A CONSTITUIÇÃO DE 1946 A PARTIR DO GOLPE CIVIL-MILITAR E DO AI-1: entre Normalidade e Anormalidade Legal

# LA CONSTITUCIÓN DE 1946 FRENTE A EL GOLPE CÍVICO-MILITAR Y EL AI-I: entre la Normalidad y la Anormalidad Legal

Júlia Guimarães[1]

**RESUMO:** Em um momento de expansão de atos antidemocráticos saudosistas da Ditadura Civil-Militar, se torna urgente a melhor compreensão desse período como forma de entendimento do tempo presente. Assim, este artigo tem como objetivo analisar quais os sentidos da Constituição brasileira de 1946 a partir do Golpe Civil-Militar de 1964 e, sobretudo, a partir da criação do Ato Institucional nº 1. Este ato foi responsável pela guinada dos sentidos da Constituição de 1946, já que era investido por um Poder Constituinte Revolucionário, que a todo momento poderia modificar o texto Constitucional, e por um Poder Constituído que mantinha em vigor a Constituição de 1946, de modo que os sentidos da Constituição passaram a ser vistos nos termos de uma "normalidade legal" e de uma "anormalidade legal". Esses sentidos serão constatados através de casos concretos cujos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal e seus desdobramentos são representativos da tensão normativa estabelecida no período.

**Palavras-chave:** Ato institucional. Constituição brasileira de 1946. Ditadura Civil-Militar.

**RESUMEN:** En un momento de expansión de los nostálgicos actos antidemocráticos en favor de la Dictadura Cívico-Militar, se necesita urgentemente de una mejor comprensión de este período como forma de entender el momento actual. Así pues, este artículo tiene por objeto analizar

[1] Mestranda da Linha História, Poder e Liberdade (PPGD-UFMG) e Pesquisadora Bolsista (CAPES). E-mail para contato: juliaguimaraes130@gmail.com.

cuáles fueron los significados de la Constitución brasileña de 1946 tras el golpe cívico-militar de 1964 y, sobre todo, tras la creación del Acto Institucional Nº 1. Este acto fue el responsable por el cambio de los significados de la Constitución de 1946, ya que fue investido por un Poder Constituyente Revolucionario, que podía modificar el texto constitucional en cualquier momento, y por un Poder Constituyente que mantuvo la Constitución de 1946 en vigor, de modo que los significados de la Constitución pueden ser vistos en términos de una "normalidad jurídica" y una "anormalidad jurídica". Estos significados se verificarán mediante casos concretos cuyas sentencias del Supremo Tribunal Federal y sus consecuencias sean representativas de la tensión normativa establecida en el período.

**Palabras-clave:** Acto institucional. Constitución brasileña de 1946. Dictadura Civil-Militar.

## 1 INTRODUÇÃO

Crescem por todo o mundo movimentos de extrema-direita que fazem apologia aos grandes horrores vividos pela humanidade durante o Século XX. Nesse sentido, no Brasil se tornou cada vez mais comum a realização de manifestações favoráveis ao retorno da Ditadura Civil-Militar (1964-1985), que, de acordo com muitos de seus defensores, teria protegido a democracia brasileira contra a ameaça comunista[2]. Todavia, falar sobre o Regime Militar brasileiro é, contrariamente aos negacionismos estampados pelos "camisas verde-amarelo" que pedem o retorno do AI-5, falar sobre um momento de extrema violência e arbítrio estatal.

Nesse sentido, esse estudo entende ser essencial para as construções democráticas que se pretende empreender a compreensão desse período sem as distorções promovidas pelos negacionistas, o que pode ser amparado pelas concepções de um direito à memória e à verdade. Desse modo, este trabalho pretende ser uma contribuição nessa empreitada e, para tanto, propõe-se a analisar o Brasil dos anos de 1964 a 1967 sob a perspectiva histórico-jurídica, tendo como foco dessa análise os sentidos assumidos pela Constituição de 1946 a partir de 31 de março de 1964.

A perspectiva a ser desenvolvida neste artigo considerará uma noção de sentido que perpassa a lógica da impossibilidade de definição fechada

[2] É interessante notar como a "ameaça comunista" ronda a preparação de golpes de Estado na História brasileira, já que para além de um suposto golpe que seria dado pela esquerda em 1964 houve também a criação de um golpe imaginário, que foi denominado como Plano Cohen, para oferecer sustentação ao golpe dado por Getúlio Vargas em 1937 (MOTTA, 2002).

de sentido para um dado elemento a ser trabalhado, visto que o sentido é sempre aberto a novas definições. Todavia, é possível apreendê-lo em determinado espaço de tempo e perceber os seus desdobramentos e os sentidos possíveis de serem captados sob determinado recorte. Desse modo, os sentidos que serão aqui trabalhados irão partir da constatação da coexistência de uma normalidade e de uma anormalidade legal, que determinará a maneira de compreensão do texto constitucional de 1946.

Ocorre que essa dicotomia de sentidos atribuídos a Constituição deriva do surgimento da figura jurídica dos atos institucionais. Conforme preâmbulo do AI-1, seus emissores, no caso o Comando Supremo da Revolução, informam que o ato possui natureza de Poder Constituinte Revolucionário e que, no que não contrariar seus ditames, restaria em vigor a Constituição de 1946. Desse modo, passaram a conviver no mesmo espaço de tempo Poder Constituinte Originário e Poder Constituído.[3] É a partir da convivência desses dois poderes que será possível vislumbrar o aparecimento das figuras que aqui se atribuem o nome de "normalidade legal" e "anormalidade legal".

Sendo assim, entende-se como "normalidade legal" a aplicação do texto Constitucional de 1946 conforme vigorava anteriormente a edição do AI-1, uma vez que este ato mantinha a Constituição em vigência no que não contrariasse seus ditames. Já a "anormalidade legal" estaria presente a partir do momento em que não houvesse a aplicação da Constituição conforme seu texto em vigor antes do Golpe, ou seja, quando o sentido da Constituição fosse dado pelo texto dos próprios atos institucionais que estabeleciam em si um poder constituinte originário.

Essa relação entre "normalidade" e "excepcionalidade" legal pode ser visualizada a partir de diferentes aspectos, uma vez que se estabeleceu de maneira tensa e complexa no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, este trabalho pretende demonstrar, sobretudo, a atribuição desses sentidos a partir de dois casos centrais, o Caso Miguel Arraes e o Caso Mauro Borges, em que a "normalidade legal" pode ser vista a partir do julgamento dos casos

[3] "A despeito da afirmação radical desse poder revolucionário que se legitima por si só, o que se segue à promulgação do ato institucional, sob o aspecto da organização e exercício do poder, é uma série de providências reformistas. Uma das primeiras preocupações do governo revolucionário foi a alteração das regras de reforma constitucional. O ato institucional, em seu artigo 3º, atribui ao presidente da República a prerrogativa de propor emendas à Constituição (algo que, na tradição constitucional brasileira, fora previsto uma única vez, na Carta autoritária de 1937 e que, a rigor, nunca teve eficácia, pois, diante da supressão do Congresso durante a ditadura varguista, o presidente editava monocraticamente as alterações à 'Constituição' por meio das chamadas leis constitucionais). O mesmo dispositivo facilitava a aprovação das emendas" (BARBOSA, 2012, p. 57).

pelo STF, em que houve a aplicação do texto constitucional, e a "anormalidade legal" como um desdobramento desastroso desse julgamento, a saber, a criação do Ato Institucional nº 2.

## 2 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946 A PARTIR DO GOLPE CIVIL-MILITAR DE 1964

A Constituição dos "Estados Unidos do Brasil" de 1946 apresenta diversas singularidades em relação as Constituições que compõe a história brasileira. Em primeiro plano, é importante ressaltar que sua gestação se deu em período de relativa estabilidade democrática, sucedendo o Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945) que possuía características evidentemente autoritárias[4]. Somado a isso, a Assembleia Nacional constituinte responsável por seu texto, contou com a participação, inédita até então, de partidos políticos nacionais[5], e com a especial participação do Partido Comunista Brasileiro, que foi perseguido durante a Era Vargas (1930-1945). Assim, a ampla participação partidária quando da elaboração da Constituição, bem como os aspectos gerais contidos em seu texto, permitem coloca-la enquanto uma Constituição elaborada democraticamente e a qual se sucedeu um período de relativa estabilidade político-institucional frente ao período autoritário vivido durante o Estado Novo.

Quanto ao período que sucedeu a promulgação da Constituição de 1946, Cristiano Paixão sintetiza de maneira precisa:

> Houve um interregno entre 1945-1964, no qual se operou uma alternância de partidos e líderes políticos no poder. Ocorreram, neste

[4] Nesse sentido, Boris Fausto traz importante contribuição: "O Estado Novo foi implantado no estilo autoritário, sem grandes mobilizações. O movimento popular e os comunistas tinham sido abatidos e não poderiam reagir; a classe dominante aceitava o golpe como coisa inevitável e até benéfica. O Congresso dissolvido submeteu-se, a ponto de oitenta de seus membros irem levar solidariedade a Getúlio, a 13 de novembro, quando vários de seus colegas estavam presos" (FAUSTO, 2008, p. 365).

[5] Sobre a questão dos partidos políticos nacionais: "Logo a seguir, organizou-se a comissão incumbida de elaborar o projeto constitucional. Essa comissão — ao contrário do que ocorrera nas constituintes precedentes, que tiveram comissões compostas de representantes dos estados — foi constituída sob novo critério: o da representação dos partidos nacionais, proporcionalmente ao número dos seus deputados e senadores. Até então a República desconhecera os partidos nacionais: sob o regime de 1891 e 1934 as eleições se processavam por intermédio de partidos estaduais. A Constituição de 1937, de inspiração totalitária, extinguia os partidos que renasceram, por força da legislação eleitoral, editada para as eleições de 1945, mas já então com o caráter obrigatório de partidos nacionais". (CPDOC-FGV).

> período, o suicídio de um presidente em pleno mandato (Getúlio Vargas em 1954), a inesperada renúncia de um presidente eleito com grande votação (Jânio Quadros em 1961) e uma experiência parlamentarista que era, na verdade, uma condição imposta por setores conservadores da sociedade para a posse, na Presidência da República, do vice-presidente eleito. O único presidente civil que concluiu seu mandato no período compreendido entre 1945-1964, Juscelino Kubitschek de Oliveira, precisou de apoio de setores das Forças Armadas para tomar posse e, durante seu governo, enfrentou duas tentativas de golpe (PAIXÃO, 2011, p. 154).

Não obstante a presença de alguns momentos de crise institucional, é possível dizer que para muitos historiadores o período que sucedeu a promulgação dessa Constituição até o ano de 1964 foi um período de relativa estabilidade democrática se comparado aos que antecederam a história republicana. Nesse sentido, importante contribuição trazida pelas historiadoras Lilia Moritz Schwarcz e Heloisa Murgel Starling:

> Durante vinte anos, a Constituição de 1946 serviu de norte ao país e imputou um ritmo democrático à vida pública nacional: reconheceu no Parlamento um ator político decisivo — sobretudo nos momentos de grave crise institucional —, consolidou o funcionamento dos partidos políticos, fortaleceu a independência dos sindicatos, e garantiu a organização de eleições regulares e razoavelmente limpas, com resultados apenas marginalmente afetados por fraudes (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 330).

Delineados os traços democráticos assumidos pela Constituição de 1946, resta necessário compreender os motivos de sua análise no período aqui proposto, que vai de 31 de março de 1964 até 1967. Sendo assim, por que a busca por sentidos desse texto constitucional se tornou relevante a partir de 1964?

Em linhas gerais, a análise do texto constitucional entre 1964 e 1967 se justifica devido a situações de excepcionalidade vivida, em termos constitucionais democráticos, pela Constituição de 1946 nesse período[6], de modo que a indagação acerca dos sentidos assumidos por seu texto se mostra relevante, conforme se verá.

[6] A Ditadura Civil-Militar brasileira perdurou do Golpe de 31 de março de 1964 até a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1985. Todavia, para fins da análise a que este trabalho se propõe, qual seja, os sentidos do texto constitucional de 1946 a partir do Golpe Militar, o marco temporal se encerra no ano de 1967, uma vez que uma nova Constituição foi outorgada nesse ano.

Em primeiro plano, a excepcionalidade é instaurada a partir do dia 31 de março de 1964, quando o presidente então em exercício, João Goulart, é afastado da presidência e uma Junta Militar toma o controle do Estado. Todavia, ocorre que a Constituição Brasileira de 1946 não previa qualquer aparato legal para os artifícios utilizados por aqueles que tomavam o poder, restando configurado um Golpe de Estado. Este golpe possui natureza Civil-Militar[7] e configurou-se enquanto um regime autoritário ao praticar atos de interferência no Poder Legislativo, uma vez que o Congresso Nacional foi fechado a partir de 1968; houve a cassação de direitos políticos; proibição do pluripartidarismo; interferências no Poder Judiciário; prática de torturas; censura a divergências quanto ao regime; e morte de opositores políticos[8]; dentre outros atos características de regimes autoritários.

Todavia, não obstante a importância desse momento de ruptura representado pelo Golpe Civil-Militar, a excepcionalidade mais latente e que justifica a busca pelos sentidos atribuídos a Constituição de 1946, surge a partir de 9 de abril de 1964 com a edição do Ato Institucional nº 1, que daria início a uma série de outros atos.

## 2.1 Os Atos Institucionais

Os atos institucionais foram responsáveis, sobretudo, pela construção e afirmação ideológica do Golpe Civil-Militar (CÂMARA, 2017). O ato central para a formação dessa engrenagem legal foi o Ato Institucional nº 1, que, de acordo com Elio Gaspari, não foi numerado inicialmente (GASPARI, 2014). O AI- 1 serviu como base teórica e normativa para os outros atos que se seguiriam – sendo, ao todo, 17 atos. A partir do preâmbulo do ato, que segue abaixo, o Comando Supremo da Revolução informa que o ato é investido pelo Poder Constituinte Revolucionário, mas que, todavia, restaria em vigor a Constituição de 1946. Desse modo, passaram a conviver no mesmo espaço de tempo Poder Constituinte e Poder Constituído, o que foi responsável pela guinada de sentidos da Constituição então em vigor.

---

[7] Sobre a natureza Civil-Militar da Ditadura: "A compreensão de que o golpe de 1964 tinha natureza política militar e civil e só foi possível graças ao caráter amplo e heterogêneo da frente social e política que se reuniu para depor o presidente João Goulart começou a ser sublinhada pela historiografia a partir de 1981, quando a Editora Vozes publicou 1964: a conquista do Estado, de René Dreifuss" (STARLING, 2018, p. 38).

[8] Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985, 243 pessoas foram vítimas de desaparecimento forçado, ou seja, mais da metade das 434 vítimas fatais da ditadura, segundo o "Quadro geral da CNV sobre mortos e desaparecidos políticos" (CNV, 2014, p. 500).

O AI-1 prevê em seu preâmbulo:

> A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.
>
> O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do Pais. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

> Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação (BRASIL, 1964).

A partir da leitura do texto acima é possível visualizar claramente que o AI-1 possui características marcadamente de Poder Constituinte Originário, uma vez que esse "poder revolucionário" se mostra com a capacidade de romper com a ordem anterior e estabelecer o que se bem entender de acordo com seus interesses, ou seja, mantém o que lhe for útil do texto anterior da Constituição, que, a partir desse momento, pode ser, e será, modificada a todo momento a partir da edição dos Atos Institucionais que se seguiram.

Sendo assim, entende-se que havendo um Poder Constituinte Originário que se perpetua no tempo, vive-se sob a perspectiva de uma Constituição que será a todo tempo desnaturada.

Alguns autores realizam levantamentos sobre essas questões que, embora não seja o escopo deste trabalho, são interessantes análises de Direito Constitucional. Américo Bedê Freire Júnior (2013) entende que, por não haver quaisquer limites ao exercício do Poder Constituinte Revolucionário pelo Comando Militar, a Constituição seria considerada meramente semântica dentro da classificação ontológica das constituições de Karl Loewenstein[9].

De outro modo, a Teoria Crítica da Constituição, que rejeita a classificação ontológica de Loewenstein por considerar não ser possível compreender legitimidade e eficácia como aspectos separados, analisa essa situação enquanto um momento de fraude à Constituição a partir do abuso do discurso constitucionalista (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017). Essa compreensão advém da retomada do pensamento habermasiano que compreende existir uma conexão interna entre democracia e constitucionalismo[10]. Assim, restando ausente a democracia no período da Ditadura Civil-Militar, se configuraria abuso do discurso constitucionalista a situação aqui discutida.

---

[9] Na classificação ontológica das constituições de Karl Loewenstein, em que a classificação é realizada por meio do par legitimidade e eficácia, Constituições Semânticas são aquelas que são eficazes, mas não são legítimas.

[10] "The interdependence of constitutionalism and democracy comes to light in this complementary relationship between private and civic autonomy: each side is fed by resources it has from the other" (HABERMAS, 2001, p. 780). Para o autor, no que diz respeito as autonomias tratadas acima, há uma cooriginalidade e equiprimordialidade entre autonomia privada e autonomia pública, de modo que para participar da formação de uma vontade pública (soberania popular) é necessária a garantia de direitos fundamentais no âmbito privado – o que remete a ideia de autonomia como autodeterminação, com forte inspiração das teorias de Rousseau e Kant.

Essa dinâmica normativa entre poder constituinte originário e poder constituído se mantém no Ato Institucional nº 2 em que "o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs".

Quanto ao Ato Institucional nº 3, que fixa datas para as eleições de 1966, bem como dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados, a estrutura permanece "conforme expresso no Ato Institucional nº 2" (BRASIL, 1966).

O último ato sob a vigência da Constituição de 1946 informa, justamente, que essa Constituição já não atenderia mais aos desejos da revolução, de modo que seria necessário dar ao país uma nova carta, sendo que essa permitiria a continuidade da "revolução". Desse modo, AI-4, de acordo com seu texto, convoca o Congresso Nacional para se reunir, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão e votação do projeto de Constituição que seria apresentado pelo Presidente da República.

## 2.2 Normalidade e excepcionalidade legal: os sentidos da Constituição

No tópico anterior foi possível perceber que a partir do advento do AI-1 os sentidos da Constituição de 1946 sofreram guinadas importantes, uma vez que houve o estabelecimento de uma grande tensão normativa entre normalidade e excepcionalidade legal a partir da convivência de um Poder Constituinte Revolucionário com a Constituição de 1946.

Sendo assim, denomina-se como "normalidade legal" os sentidos atribuídos a partir do texto Constitucional de 1946, ou seja, a partir do texto em vigor anteriormente a edição do AI-1. De outro modo, denomina-se como "excepcionalidade/ anormalidade legal" os sentidos dados a essa Constituição a partir da figura dos atos institucionais que, por estabelecerem em si um poder constituinte originário permanente advindo de um golpe de Estado, tinham a capacidade de modificação constitucional a todo instante.

Para melhor compreensão e visualização desses sentidos, serão analisados alguns casos concretos envolvendo entendimento jurisprudencial acerca do ordenamento jurídico em vigência no período e que podem ser entendidos como expressão da "normalidade legal", bem como serão analisados os desdobramentos desses casos que resultaram no que se compreende enquanto "anormalidade legal". Desse modo, este trabalho não pretende realizar uma análise exaustiva de todos os traços que representam a tensão normativa que se firmava no ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Constituição de 1946 a partir do Golpe Civil-Militar, mas apenas apresentar alguns casos característicos dessa tensão.

### 2.2.1 A "normalidade legal": Os casos Miguel Arraes e Mauro Borges

O caso Miguel Arraes talvez seja um dos mais exemplificativos do que aqui se pretende demonstrar. Arraes foi eleito governador do estado de Pernambuco em 1962 e era tido como um inimigo daqueles que participaram do Golpe Civil-Militar de 1964. Sendo assim, deflagrado o golpe, Arraes é imediatamente deposto e preso pelos militares, sendo enviado para Fernando de Noronha onde ficou incomunicável por meses.

Sobre a prisão de Arraes, o autor Felipe Recondo expõe que:

> No decreto de prisão, foi acusado de tentar 'mudar a ordem política e social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional'. Os militares se valeram reiteradamente dessa redação, prevista na lei que definiu os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, para perseguir agentes de esquerda (RECONDO, 2018, p. 35).

A partir desse decreto de prisão se observam traços interessantes, uma vez que o conteúdo da acusação dizia respeito, em termos legais e democráticos, aos próprios agentes da Ditadura já que eles: a) mudaram a ordem política e social estabelecida na Constituição, que previa um regime democrático que foi massacrado pelo Golpe Civil-Militar; b) receberam ajuda e subsídio de estado estrangeiro, qual seja, os EUA para a derrubada do presidente João Goulart, o que pode ser observado de maneira evidente através do documentário intitulado "O dia que durou 21 anos" (2013).

Posteriormente a prisão, segundo Felipe Recondo, a defesa de Arraes entrou com pedido de habeas corpus perante o Superior Tribunal Militar, tendo, todavia, sido negado mesmo que na semana anterior tenha havido o julgamento do ex-governador do Estado de Sergipe cujo entendimento dos ministros foi pela incompetência da Justiça Militar para julgar o caso (RECONDO, 2018).

Posteriormente, deu-se entrada a um novo pedido de liberdade, mas, dessa vez, no STF a partir do HC de numeração 42.108-PE. Este HC discutia a necessidade de soltura de Miguel Arraes, visto que seria incompetente a Justiça Militar para julgar acusados de crimes contrários a Segurança Nacional interna do país. Será a partir do julgamento desse HC é que será possível visualizar de maneira mais nítida a tensão normativa entre normalidade e anormalidade legal nesse período.

A ementa do acórdão de julgamento desse HC foi a seguinte:

> Ementa: Competência. Crime de responsabilidade e crime comum. Prerrogativa de função. O Governador de Estado será julgado em foro

> pri- vativo, nos termos da Constituição, da Lei 1.079, de 10-4-1950, e do Código de Processo Penal. Não há que distinguir entre crime comum e crime militar para definir a competência ratione personae e não ratione materiae, quando se trata de julgamento de titulares que têm direito a foro especial em decor- rência da eminência da função que desempenham. A expressão crime comum é usada na Constituição em contraposição a crime de responsabilidade. Juris- prudência predominante do STF. Habeas corpus concedido de acordo com a Súmula 394 (ALVES JÚNIOR, 2009, p. 122).

Além disso, de acordo com Rafael Mafei Rabelo Queiroz, a decisão também continha outros aspectos relevantes:

> Na ocasião, o STF reafirmou seu entendimento de que, por força da Constituição de 1946, à justiça militar só cabia julgar civis no caso de atentados à segurança *externa* do país. Tal entendimento prejudicava a maior parte das investigações militares contra os adversários do regime que, quando muito, poderiam ser acusados de atentado contra a segurança *interna* do país, e nada mais. Os militares, porém, advogavam a tese de que atos internos estavam ligados aos atos externos de subversão, na esteira da chamada "guerra revolucionária", cujas dimensões seriam necessariamente transnacionais. O Supremo nunca lhes deu razão e não decidiu de maneira diferente porque o caso envolvia Arraes (QUEIROZ, 2015, p. 329).

Nesse sentido, o trecho exposto acima se encontra em consonância com o argumento defendido por Felipe Recondo em seu livro Tanques e Togas, em que expõe que nos anos iniciais da Ditadura, apesar da anuência do Supremo em relação ao Golpe de Estado que se operou, o STF julgava as demandas conforme o ordenamento jurídico vigente desde antes do golpe, uma vez que aquilo que não havia sido alterado pelos atos institucionais continuaria em vigor. Assim, para a decisão do HC de Miguel Arraes, impetrado por seu renomado advogado, Sobral Pinto, o STF decidiu pela aplicação da Constituição de 1946, ou seja, atribuiu-se à Constituição um sentido que aqui se compreende nos termos de uma "normalidade legal".

A partir desse caso, é possível perceber que a tensão normativa não se deu apenas em termos de uma normalidade e excepcionalidade do texto constitucional em si, mas é constatável através da própria posição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que ao mesmo tempo em que abençoava o Golpe Civil-Militar ao compreender que a "revolução" estaria acima da Constituição, pregava o respeito a ordem constitucional vigente antes do Golpe, como no caso Arraes.

Além desse caso, outros foram responsáveis pelo que ficou conhecido como "Crise dos HC's" no STF. Como exemplo, tem-se o caso do governador Mauro Borges, cuja incompetência de julgamento pela Justiça Militar também foi reconhecida, tanto nos termos da Constituição Federal, como nos termos da Constituição Estadual, conforme ementa:

> Impeachment - Caso do Governador Mauro Borges, de Goiás. Deferimento de liminar em habeas corpus preventivo por despacho do Ministro relator, dada a urgência da medida. Os governadores dos Estados, nos crimes de responsabilidade, ficam sujeitos ao processo de impeachment, nos termos da Constituição do Estado, respeitado o modelo da Constituição Federal. Os Governadores respondem criminalmente perante o Tribunal de Justiça, depois de julgada procedente a acusação pela Assembléia Legislativa. Nos crimes comuns, a que se refere a Constituição, se incluem todos e quaisquer delitos da jurisdição penal ordinária ou da jurisdição militar. Os crimes militares, a que os civis respondem, na Justiça Militar, são os previstos no art. 108 da Constituição Federal. Os crimes de responsabilidade são os previstos no art. 89 da Constituição Federal definidos na L. 1.079, de 1950. Concessão da ordem para que o Governador somente seja processado, após julgada procedente a acusação, pela Assembléia Legislativa (BRASIL, 1964).

Assim, a crise dos HC's foi desenvolvida justamente em razão dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal terem se realizado consonância com o disposto no texto da Constituição de 1946 anteriormente ao Golpe, ou seja, devido à atribuição de um sentido de "normalidade legal" ao texto constitucional pelo STF, o que desagradou enormemente o comando militar.

### 2.2.2 A "anormalidade legal": O Ato Institucional nº 2

Após essas decisões, exemplificadas pelos casos Arraes e Mauro Borges, houve o inevitável aumento da desconfiança que os militares já depositavam em relação ao Supremo, uma vez que, não obstante todos os ministros terem sido indicados por presidentes anteriores, o Tribunal ainda concedia Habeas Corpus para inimigos políticos do regime.

Nesse sentido, é interessante notar que desde o advento do Golpe Civil-Militar, o governo ditatorial realizou grandes intervenções em todos os poderes, restando mais evidente, nos anos inicias, a intervenção nos Poderes Executivos de todas as instâncias da federação e a forte repressão aos membros do Congresso Nacional. Assim, o Poder Judiciário parecia o único que

não seria atingido pela "onda revolucionária". Todavia, quando acirrada a "crise dos HC's", a discussão sobre a intervenção nesse poder se tornou a pauta do dia para o governo.

Sendo assim, o Regime Militar incumbiu ao Ministro da Justiça Milton Campos, em conjunto com outros juristas, a tarefa de realizar um levantamento acerca das possibilidades de reforma do Supremo Tribunal Federal. Em contrapartida, o presidente do STF, Ministro Ribeiro da Costa, tão logo criou uma comissão dentro do Tribunal para que trabalhasse conjuntamente com o Ministro da Justiça a possibilidade de não haver reformas profundas. Todavia, não havia um consenso entre o Ministro e os membros do STF sobre em que consistiriam essas reformas, visto que o governo desejava o aumento do número de ministros e a discussão sobre aposentadorias compulsórias, enquanto os membros do STF não concordavam com essas questões.

A crise se instalou de vez a partir da publicação de um artigo de autoria do Ministro Ribeiro da Costa no jornal Folha de São Paulo. Sobre a questão:

> No dia 20 de outubro de 1965, o jornal *Folha de S. Paulo* publicou um longo artigo do ministro Álvaro Ribeiro da Costa, presidente do Supremo, intitulado "A Reforma do STF". Nele, o magistrado fez dura defesa da autonomia do tribunal em face dos propósitos de investida sobre a corte, planejada pelos militares. Desse pronunciamento ficou célebre uma frase de efeito: "Já é tempo de que os militares se compenetrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da nação (QUEIROZ, 2015, p. 324).

Ao artigo em questão respondeu o então Ministro da Guerra Artur Costa e Silva em 22 de Outubro de 1965:

> Nós conservamos este regime que se diz democrático, mas que quer ser ditatorial por intermédio da ditadura judiciária. Há um ano e meio, depois de tantos sacrifícios, depois de tanta dedicação, dando a este País a paz, a tranquilidade necessária para o seu desenvolvimento, vem um homem de alta responsabilidade dizer que devemos voltar aos quartéis. Não. Só voltaremos aos quartéis quando o povo determinar ou então quando s. exa. o ser. Presidente da República, que é o Executivo deste país, disser: "voltem aos quartéis". O termo voltar aos quartéis é uma metáfora, porque na realidade, nós não saímos dos quartéis e a prova está nesse exercício que acabamos de realizar (QUEIROZ, 2015, p. 336).

Cinco dias depois da fala do Ministro, no dia 27 de outubro de 1965, foi instituído o AI-2, que se apresentou enquanto clara resposta as discussões

que estavam sendo travadas sobre a competência constitucional dos julgamentos que tanto afetavam a ditadura, sendo aqui entendido como medida de atribuição de uma "anormalidade legal" ao alterar o sentido da Constituição. Entre outros pontos, o texto dispunha que:

> Art. 6º - Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.
>
> Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma.
>
> Art. 8º - O § 1º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> § 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.
>
> Art. 14 - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.
>
> Parágrafo único - Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.
>
> Art. 15 - No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.
>
> Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:
>
> I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste (BRASIL, 1965).

Neste ponto, é importante realizar um breve adendo. A "crise dos HC's" e a necessidade de estabelecer maior controle sobre o Poder Judiciário não são as únicas causas da edição desse segundo ato, uma vez que para isso também colaborou outro fator essencial: a vitória de candidatos da oposição

para governador em importantes zonas eleitorais como o Rio de Janeiro e Minas Gerais. Neste sentido, a ditadura teria, por meio do AI-2, "dado o troco" colocando fim ao pluripartidarismo (ALENCASTRO, 2014).

A partir da redação dada ao Ato Institucional nº 2, percebe-se claramente o tensionamento entre normalidade legal e anormalidade legal através de situações concretas. O caso Miguel Arraes e o Caso Mauro Borges incomodaram, evidentemente, o Regime Militar, uma vez que foram concedidos Habeas Corpus a presos políticos do regime a partir de uma leitura do próprio texto Constitucional realizado pelo STF, onde é possível atribuir um sentido de "normalidade legal". Em contrapartida, através da "excepcionalidade legal" a Ditadura Civil-Militar aumentou a competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes contrários a Segurança Nacional, abarcando a temática discutida pelos ministros quando da decisão do caso Arraes e Borges.

Além disso, o AI-2 alterou o número de turmas componentes do STF e, contrariamente ao desejo manifestado pelo presidente da corte, aumentou o número de ministros de 11 para 16. Outra alteração importante no que diz respeito a configuração do Poder Judiciário se relaciona a suspensão das garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade. Assim, fica evidente que a "revolução" passou a interferir em todos os poderes.

Todavia, entende este artigo ser a cláusula de exclusão de apreciação judicial a "cartada final" para o controle do Poder Judiciário. Sobre a cláusula, é interessante notar o quanto o AI-2 ampliou seu poder frente o AI-1:

> Ao longo do período ditatorial, foi possível perceber, ainda, como os responsáveis pela redação dos "atos revolucionários" paulatinamente alteraram a forma de expressar a vedação à interferência judicial para torná-la menos questionável. No Ato Institucional nº 1, estavam excluídas de apreciação judicial a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos por 10 anos e a cassação de mandatos legislativos federais estaduais e municipais (art. 10, caput). Já as sanções previstas no art. 7º, aplicáveis de uma forma geral aos agentes públicos até então cobertos pelas garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, poderiam ser examinadas pelo Judiciário quanto à observância de "formalidades extrínsecas", vedada a apreciação dos fatos que motivaram a sanção. Essa distinção é apagada pelo art. 19 do Ato Institucional nº 2, que prevê, genericamente, a exclusão de apreciação judicial para os atos praticados pelo "Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal" com fundamento nos atos institucionais nº 1 e nº 2, bem como nos atos complementares deste (BARBOSA; PAIXÃO, 2008, p. 3).

Desse modo, resta evidente que os sentidos atribuídos a Constituição de 1946 a partir do Golpe Civil-Militar de 1964, em termos de uma normalidade e

excepcionalidade/anormalidade legal, só podem ser observados de maneira conjunta, uma vez que estão atrelados de forma tensa e complexa.

## 3 CONCLUSÃO

A partir do exposto, observa-se que os sentidos atribuídos ao texto Constitucional de 1946, gestado em condições democráticas e com a participação de diversos partidos políticos nacionais, podem ser observados nos termos de uma "normalidade" e de uma "anormalidade" legal a partir do advento de uma Ditadura Civil-Militar.

Essa dicotomia foi aqui considerada como fruto da edição, sobretudo, do AI-1, que permitiu a coexistência de um Poder Constituído, a partir da manutenção da vigência da Constituição de 1946, e de um Poder Constituinte Revolucionário, que poderia a todo momento alterar as disposições constitucionais.

Desse modo, a relação entre normalidade e excepcionalidade legal só pode ser compreendida em conjunto, visto que fruto de um mesmo fator. Isto pode ser observado através da "Crise dos HC's", que, a partir do julgamento de casos conforme o texto constitucional de 1946, ou seja, conforme a "normalidade legal", houve o aumento do descontentamento dos militares em relação ao Supremo Tribunal Federal. Esse descontentamento gerou a necessidade de intervenção no Poder Judiciário, que foi possível através da edição do AI-2, ou seja, a partir da "anormalidade legal" que alterou o texto constitucional.

A partir do exposto, foi possível observar a apropriação do discurso constitucional no tempo, de maneira que seus sentidos se alteraram de maneira intensa e abrupta a partir da instalação do Regime Militar.

Desse modo, através das construções teóricas trazidas, o presente artigo objetivou realizar uma contribuição para o melhor entendimento da História Constitucional Brasileira relativa a um período marcado pelo arbítrio e violência, contrariamente a "democracia" vislumbrada por aqueles que pedem nas ruas, mesmo que durante uma pandemia, o retorno dos militares ao poder.

A compreensão desse momento histórico é fundamental, já que ele é tributário das próprias práticas constitucionais adotadas a partir da convocação, em 1985, de uma Assembleia Nacional Constituinte que deu origem ao projeto constitucional vigente – o que pode ser visualizado nos termos de uma Teoria Crítica da Constituição, que compreende o Direito enquanto articulação complexa entre passado e futuro, bem como entre projetos em aberto e memórias em disputa (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017).

## REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O golpe de 1964 e o voto popular. **Novos estud. – CEBRAP**. São Paulo, n.98, p.5-11, mar. 2014.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial**: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964.** Série colóquios de excelência. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, n. 2.

BARBOSA, Leonardo de Andrade; PAIXÃO, Cristiano. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 1, n.6, jan./dez., 2008.

BRASIL. Comissão da Nacional da Verdade. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade**. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1), p. 112. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2 de 27 de outubro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

Brasil. **Ato Institucional nº 3 de 5 de fev. de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. **Habeas corpus Nº41.296-DF**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160808-16.pdf. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito na Área de Concentração em Direito do Estado no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CPDOC-FGV (Brasil). **Assembleia Nacional Constituinte de 1946**. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituinte-de-1946. Acesso em: 18 de nov. de 2019.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50 Número 197. Jan./mar. 2013. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496978/000991331.pdf?sequence=1. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

GASPARI, Elio. **As ilusões armadas**: A ditadura envergonhada. 2 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Constitutional Democracy**: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?. Vol. 29, No. 6 (Dec., 2001). pp. 766-781.

MOTTA, Rodrigo Pato Sá. **Em guarda contra o perigo vermelho**: o anticomunismo no Brasil (1917-1964). São Paulo: Perspectiva, 2002.

O DIA que durou 21 anos. Direção: Camilo Tavares, 2013. Documentário (78 minutos).

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: Da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades,** año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011. pp. 146–169.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Cinquenta Anos de um Conflito: o embate entre o Ministro Ribeiro da Costa e o General Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965). **Revista Direito GV**. São Paulo: Jan-Jun, 2015. pp. 323-342.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloísa M. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Silêncios da ditadura. **Revista Maracanan**: Rio de Janeiro, n.12, p. 37-46, 2018.

# A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA O MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

# THE INTERNATIONAL COOPERATION AS A NECESSARY INSTRUMENT FOR AN SUSTAINABLE ENVIRONMENT

Maria Adriane de Alcântara[1]
Mário Lúcio Quintão Soares[2]

**RESUMO:** Este artigo examina os problemas econômicos, sociais e políticos advindos da pandemia do Covid-19, além dos desastres ambientais que é tema recente no direito ambiental internacional. Daí a necessidade da cooperação entre os Estados soberanos para tratar das questões ambientais, desenvolvimento econômico sustentável e a vulnerabilidade da humanidade em face da pandemia. O tema tem abrangência dentro do Direito Ambiental internacional, que surgiu, em 1970, com a Declaração de Estocolmo. Esta proteção ganha contornos delineados pelo Direito Internacional, ao reconhecer a responsabilidade dos Estados por danos causados ao meio ambiente, de acordo com o princípio 7º da Declaração do Rio e o artigo 3º da Convenção sobre alterações climáticas. A metodologia utilizada foi através de revisão bibliográfica que abarca o tema sobre direito ambiental e cooperação internacional.

**Palavras-chave:** Cooperação Internacional. Covid-19. Meio Ambiente.

**ABSTRACT:** This article examines the problems arising from environmental disasters aggravated by the effects of the COVID-19 pandemic. Hence the need for cooperation between sovereign states to address environmental issues,

[1] Doutoranda em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Bolsista da Capes. E-mail: adrianeal53@gmail.com

[2] Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Bacharelado, Mestrado e Doutorado da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. E-mail: mlquintao@yahoo.com.br

sustainable economic development and the vulnerability of humanity in the face of the pandemic. The theme has scope within international environmental law, which emerged in 1970 with the Stockholm Declaration. This protection takes shape outlined by international law, by recognizing the responsibility of States for damage caused to the environment, in accordance with principle 7th of the Rio Declaration and article 3rd of the Convention on climate change. The Methodology used was through a bibliographic review that covers the topic of environmental law and international cooperation.

**Keywords:** International Cooperation.COVID-19. Environment.

## 1 INTRODUÇÃO

Os Estados soberanos vivenciam uma crise sanitária com consequências econômicas, sociais e políticas em face da pandemia, que só será superada pela cooperação internacional. Tal cooperação tem abrangência no contexto normativo do Direito Internacional ambiental que repercute no âmbito de cada Estado. Pensa-se nos efeitos "pós pandemia" pelo que as normas de caráter principiológico podem ganhar contornos de executoriedade para tutelar a sociedade internacional, bem como a sua incidência nos indivíduos na sua singularidade, enquanto pessoas humanas.

Gradativamente, percebe-se nos julgados das cortes internacionais a presença das ONGs bem como de indivíduos na defesa de seus interesses, quando se trata de reparação de degradação do meio ambiente, que afeta a vida, bens e a saúde de pessoas humanas.

Após a pandemia do COVID-19, os Estados soberanos, em busca do multilateralismo, devem superar suas divergências ideológicas, e compreender que precisam um do outro. A conseqüência da degradação ambiental não escolhe o Estado mais ou menos desenvolvido, pois atinge a todo planeta.

O Direito Ambiental internacional, com seus princípios gerais aplicáveis a todos os Estados soberanos para proteção internacional do meio ambiente, possui mecanismos necessários para conter os efeitos nefastos da pandemia do COVID-19, através da cooperação internacional.

## 2 QUESTÕES AMBIENTAIS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Nick Bostrom em seu livro "Superinteligência" trata muito bem da questão do crescimento populacional e crescimento econômico, antes e após a Revolução Industrial, além de outros temas relevantes. Neste momento de crise sanitária global, percebemos que esta aceleração de crescimento populacional

e econômico no decorrer dos séculos não podia deixar de trazer desastres ambientais jamais vistos, inclusive biológicos que estamos vivendo.

O autor descreve que a densidade populacional e tamanho total da população aumentaram principalmente após a adoção da agricultura, com aumento da taxa de crescimento de produtividade econômica. Desenvolvimentos posteriores à Revolução industrial provocaram um segundo salto de aumento na taxa de crescimento, comparável ao primeiro. Tal mudança tem consequências importantes, no início da pré-história o crescimento era tão lento, que foram necessários aproximadamente 1 milhão de anos até que a capacidade humana de produção aumentasse. O suficiente para sustentar um adicional de 1 milhão de indivíduos vivendo no nível de subsistência, após a revolução industrial, a economia mundial cresce, nesse mesmo volume a cada noventa minutos. (BOSTROM, 2018, p. 22)

A partir da revolução industrial do século XVIII, houve o crescimento desordenado das indústrias e o alto consumo pela sociedade. A conscientização da humanidade para tratar os problemas ambientais aconteceu de forma lenta, nem sempre considerados de forma preventiva. Infelizmente, somente a partir de desastres ambientais, as autoridades públicas passaram a ter consciência da importância do meio ambiente para a economia e a sobrevivência da humanidade.

Para que esse desenvolvimento econômico se tornasse menos impactante para meio ambiente e a humanidade, foram tomadas uma série de medidas a partir das décadas de 1960, principalmente em face de desastres ambientais,

Nesse sentido, Hogan (*apud* SHAW, 2003) descreve diversos eventos catastróficos que despertaram a conscientização para a questão de tutela do meio ambiente:

a) O desastre no vale do Meuse, na Bélgica em 1930, que provocou a morte de 60 pessoas;
b) a Smog, em Londres, em 1952, a Nevoa Matadora, que ocasionou a morte de mais de quatro mil pessoas;
c) a Bahia de Minamata, no Japão, em 1956, que até dezembro de 1974, registrou 107 mortes oficiais e três mil casos em verificação;
d) o acidente em 1979, na usina de Three Male Island, Pensilvânia, nos Estados Unidos, apesar de não ter vítimas diretas, levantou a questão sobre o uso da energia nuclear; (AREOSA, 2012 *apud* POTT; ESTRELA, 2017).
e) o maior desastre químico da história, em 1984, uma indústria de agrotóxico, em Bhopal, na Índia, com vazamento de gases tóxicos, atingiu quase três mil pessoas, (GREENPEACE, 2002 *apud* POTT; ESTRELA, 2017).

f) o navio EXXON. Valdez, em 1980, derramou dezenas de milhões de barris de petróleo no mar;
g) além deste, Capriles (2003 *apud* POTT; ESTRELA, 2017) cita que as tropas iranianas, diante a retirada do Kwait, incendiaram 732 poços de petróleo, queimando por dia, cerca de seis milhões de barris de petróleo, liberando cerca de 500 milhões de tonelada de Co2.

Os problemas ambientais, que cada vez mais se agravam, não podem ser resolvidos de forma isolada pelos Estados, pelo que se faz necessária a cooperação internacional, em busca do desenvolvimento econômico sustentável.

No decorrer do século passado, o Direito Ambiental nacional de cada Estado foi substituído pelo regime de cooperação internacional, especificamente quando se trata de responsabilizar os Estados por danos causados ao meio ambiente. Um dos principais desafios que a sociedade internacional enfrenta é o de conciliar o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento com e a sustentabilidade do meio ambiente.

Os Estados, ao agirem de forma independente e soberana, em questões ambientais, tentam preservar seus interesses econômicos e atuam de forma estratégica, com argumentos políticos. Em termos jurídicos, a responsabilidade dos Estados em caso de dano ao meio ambiente tem que ser efetiva e não pode causar prejuízos aos direitos de outros Estados.

Historicamente, há um legado do Direito Internacional consuetudinário, em relação ao tema, ao impor algumas obrigações aos Estados no que tange à proteção ambiental. A obrigação principal dos Estados é de não agir de forma que prejudiquem direitos de outros Estados. Essa obrigação evoluiu, em parte, a partir do regime de uso de cursos d'água internacionais, no caso sobre a Comissão Internacional sobre o Rio Order.

Nesse sentido, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional decidiu que

> essa comunidade de interesse num rio navegável passa a ser base de um direito jurídico comum, cuja características essenciais são a perfeita igualdade dos Estados ribeirinhos no uso de todo o curso do rio e a exclusão de quaisquer privilégios preferenciais de qualquer estado em relação aos outros (SHAW, 2003, p. 628)

Não obstante, este princípio tem aplicação muito mais ampla. No caso Ilha de Palmas, por exemplo, considerou-se que o conceito de soberania territorial incorporava a obrigação de proteger, dentro do território o direito de outros Estados. (SHAW, 2003, p. 628).

Apesar do padrão adequado ser a responsabilidade objetiva, questiona-se se o direito internacional de fato reconheceu de forma absoluta este princípio.

> No caso da Arbitragem sobre a Fundição de *Trail*, o Tribunal ocupou-se de um conflito entre Canadá e Estados Unidos devido á poluição pelo dióxido de enxofre produzido por uma fundição canadense construída num vale compartilhado pela província da Colúmbia Britânica e pelo Estado de Washington, que danificava as árvores e plantações do lado estadunidense da fronteira. O Tribunal observou que:
>
> De acordo com os princípios de direito internacional, bem como do direito dos Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de forma que cause danos por vapores no território de outro Estado, ou nos bens e nas pessoas ao situados, quando o caso tiver conseqüências graves e o dano for verificado através de provas claras e convincentes. (SHAW, 2003, p. 628).

Os Estados soberanos têm, portanto, a obrigação absoluta de prevenir a poluição e desse modo são responsáveis pelos seus atos, independentes da culpa, entretanto,

> a arbitragem do caso da represa Gut, litígio entre os Estados Unidos e Canadá, teve por objeto, a construção pelas autoridades canadenses, com a aprovação dos EUA, de uma barragem situada entre dois Estados a fim de facilitar a navegação pelo rio São Lourenço, antes de existir a Seaway. A barragem afetou o fluxo de água na bacia do rio e provocou aumento do nível de água no rio e no lago Ontário.Isso, justamente, com a incidência de graves tempestades, resultou em fortes inundações no rio e no lago, pelo que o governo dos Estados Unidos reclamou indenização. O tribunal ordenou o pagamento de uma soma global aos Estados Unidos, sem levar em conta se o Canadá tinha sido negligente ou culpado de alguma forma na construção da barragem. Todavia, tem que ter cautela ao usar esse exemplo da responsabilidade objetiva, uma vez que os Estados Unidos so autorizaram a construção da barragem com a condição que os cidadãos estadunidenses fossem indenizados por qualquer dano ou prejuízo ocorrido em conseqüência da construção ou de seu funcionamento.
>
> [...]
>
> A convenção do Conselho da Europa sobre Responsabilidade Civil por Danos Ambientais, de 1993, inclui na noção de dano, qualquer perda ou dano por prejuízo ao meio ambiente, considerando ainda que o meio ambiente em si inclui recursos naturais abióticos e bióticos, os bens que fazem parte do patrimônio cultural e os aspectos característicos da paisagem (SHAW, 2003, p. 630-633).

A proteção do meio ambiente planetário é problema internacional que exige uma resposta mundial, onde o modelo de responsabilização bilateral

dos Estados precisa ceder espaço à interdependência, com modelo de cooperação internacional, independentemente de se provar que o dano foi causado por um Estado a outro Estado, por se tratar de uma questão que afeta o planeta.

> A cooperação internacional em questões do direito ambiental são previstas em certos princípios gerais, por exemplo, o Princípio 24 da Declaração de Estocolmo Sobre o Ambiente Humano, de 1972, declara que " as questões internacionais referentes á proteção e á melhoria do meio ambiente devem ser tratadas em espírito cooperativo", ao passo que o Princípio 7º da Declaração do Rio, de 1992, , ressalta que os Estados cooperarão em espírito de parceria internacional para conservar, proteger, e restaurar a saúde e a integridade do ecossistema da terra. O Princípio 13 da declaração do Rio refere se tanto as atividades nacionais quanto às internacionais, declarando que:
>
> Os Estados deverão relativa a responsabilidade elaborar legislação nacional civil e compensação das vítimas da poluição e de outros prejuízos ambientais. Os Estados deverão também cooperar de um modo expedito e mais determinado na elaboração de legislação internacional adicional relativa a responsabilidade civil e a compensação por efeitos adversos causados por danos ambientais em áreas fora da sua área de jurisdição, e causados por atividades levadas a efeito dentro da sua área de jurisdição de controle. (SHAW, 2003, p. 637).

Os Estados mais desenvolvidos têm uma responsabilidade especial em relação a proteção do meio ambiente, assim definidos no Princípio 7º da declaração do Rio que estipula que "os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas":

> os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na procura do desenvolvimento sustentável em nível internacional, em vista das pressões que suas respectivas sociedades exercem sobre o meio ambiente global e dos recursos tecnológicos e financeiros de que dispõe. O Artigo 3º da Convenção sobre alterações climáticas dispões que as partes devem atuar para proteger os sistemas climáticos com base na equidade e com base nas suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas aptidões, de modo que os países desenvolvidos assumam a liderança no combate ás alterações do clima. (SHAW, 2003, p. 642).

Os desastres ambientais envolvem temas complexos, tais como a poluição atmosférica, o esgotamento do ozônio e aquecimento global, os cursos

d'água internacionais, atividades ultra nocivas como as nucleares, mineração, e, hoje, as graves consequências da pandemia.

Os temas correlatos abrangem, pois, todos os Estados soberanos. Nessa linha de argumentação, a proteção ambiental do meio ambiente deve ganhar contornos de direito ambiental internacional.

O autor Shaw determina a responsabilidade internacional se houve efetivamente algum dano e questiona a responsabilidade pelo risco de dano:

> Pode haver responsabilidade por risco de dano? Ao que parece, em seu atual estagio, o direito internacional não reconhece essa responsabilidade, exceto na categoria de atividades ultranocivas. Isso se deve tanto á relutância dos Estados em geral quanto às dificuldades práticas que envolvem nos casos particulares. Entretanto, deve-se notar que o artigo 1º (4) da Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, define a poluição do meio ambiente marinho como a "introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou energias no meio ambiente marinho [...] que provoquem ou tenha a probabilidade de provocar [...] efeitos deletérios. Em outras palavras, neste contexto, o dano efetivo não é necessário" (SHAW, 2003, p. 632).

Os desastres ambientais variam de acordo com a vulnerabilidade, inclusive financeira, de cada Estado, observada a existência de efeitos desproporcionais, potencializados em áreas demarcadas pela pobreza, sendo, portanto, essencial a cooperação entre os Estados, integralizando o meio ambiente como um fator de proteção internacional.

As complexidades que envolvem o meio ambiente e seus múltiplos desafios exigem uma reflexão sobre a obra do filósofo Hans Jonas, que sugere a perspectiva do "poder sobre o poder", considerando que a segurança da humanidade deve ter prioridade aos avanços tecnológicos e que estes devem estar a serviço do bem estar das gerações presentes e futuras. Ninguém, nem uma pessoa ou grupo ou o Estado tem o direito de colocar em risco os interesses dos outros por sua própria *hýbris.* (FONSECA, 2010, p. 255)

O marco inicial para a tutela internacional do meio ambiente foi a década de 60, com a primeira Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, no ano de 1972, que ensejou a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente com vinte seis princípios. Além disso, foram instituídos;

a) Programa das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente (PNUMA), como órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, composto de um conselho de administração de 58 membros, delegados dos Estados, de um secretariado, integrado de 181 administradores, com sede em Nairóbi, no Quênia;
b) a Convenção de Viena, de 1985, para proteção da Camada de ozônio;

c) o Protocolo de Montreal, de 1987;

d) a Convenção sobre diversidade Biológica, Rio, 1992.

A proteção internacional do meio ambiente reflete, pois, a antinomia entre Estados soberanos e a necessidade da cooperação internacional.

Os Estados em desenvolvimento enfrentam os problemas de altos custos para minimizar impactos ambientais.

Interessante novidade, é a possibilidade de acordo de conversão de dívida externas de países em programas de conservação da natureza, mediante a obrigação do Estado devedor de gastar o valor da dívida em projetos ambientais locais[3]. (SHAW, 2003, p. 627).

> A Declaração de Estocolmo da Conferência da ONU sobre o meio ambiente humano em seu Princípio 8ª, deu ênfase de que "o desenvolvimento econômico e social é essencial para garantir um ambiente de trabalho e de vida favorável ao homem e para criar na terra condições necessárias á melhoria da qualidade de vida" e também ressaltou o direito soberano dos Estados de explorar seus recursos. (SHAW, 2003, p. 626).

De acordo com o Princípio 2º da Declaração do Rio, adotado na conferência da ONU sobre meio ambiente e desenvolvimento, de 1992, os Estados têm "o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento".

Por sua vez, o Princípio 3º declara que" o direito ao progresso deve ser exercido de modo que atenda de forma equitativa as necessidades ambientais e de desenvolvimento de gerações atuais e futuras". (SHAW, 2003, p. 626).

O tema do meio ambiente e desenvolvimento sustentável adquiriu contornos mais precisos na Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento do Rio de Janeiro, denominada de ECO-92 ou "Cúpula da terra".

> A declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento é um conjunto de princípios normativos que, além de consagrar à filosofia da proteção dos interesses das presentes e futuras gerações, fixa aqueles básicos para a política ambiental, em respeito aos postulados de um direito ao desenvolvimento, desde há muito reinvidicados pelos países em desenvolvimento, ao consagrar a luta pela pobreza, a política demográfica e o reconhecimento das responsabilidades dos países industrializados como principais causadores dos danos á ocorridos no meio ambiente mundial [...]. Repete ela os 26 princípios já

[3] Vide débito for nature swaps.

> consagrados na famosa Declaração das Nações Unidas sobre meio ambiente, adotada em Estocolmo em 1972, já citada, ora dando lhe conotação novíssima com a preocupação com a disparidade entre as Nações, ora dando lhe um enfoque com vistas ao desenvolvimento sustentável entre todos os Estados. (SOARES, 2004, p. 355)

Os países desenvolvidos, com políticas colonialistas de dependência econômica, historicamente, induziram os países em desenvolvimento, produtores de matéria prima, a destruir o meio ambiente de diversas formas. Entretanto, hoje, os países desenvolvidos querem proteger o meio ambiente impondo aos países menos desenvolvidos mecanismos rigorosos de proteção ambiental.

## 3 EFEITOS JURÍDICOS, SOCIAIS, ECONÔMICOS E POLÍTICOS DO CODIV-19

O COVID-19 deve ser considerado como desastre ambiental biológico, que atinge todos os Estados com irradiação policontextual (econômica, política, jurídica e ambiental), capaz de comprometer a estabilidade do sistema social, e hoje, com graves consequências no sistema de saúde mundial.

Nesse sentido, o Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente (PNUMA) declarou em 06 de abril de 2020,

> que a atividade humana alterou praticamente toda a superfície da terra, do solo ao oceano. E à medida que continuamos a prejudicar a natureza e degradar os ecossistemas, colocamos nosso bem estar em risco. De fato, 75% das doenças infecciosas emergentes são zoonóticas, isto é, causado por vírus transmitidos de animais, domésticos ou selvagens para seres humanos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020)

Alguns exemplos de epidemia, que surgiram recentemente e geraram vítimas fatais são todos ligados à atividade humana com a degradação ambiental. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020):

a) o surto de EBOLA, na África Ocidental, é resultado de perdas florestais;
b) a gripe aviária;
c) a Síndrome respiratória do Oriente Médio (MERS);
d) o Vírus NEAPH;
e) a febre do Vale Rift;
f) a síndrome respiratória aguda grave (SARS);
g) a febre do Nilo Ocidental;
h) o Zikavirus;
e) e o coronavírus,

A pandemia gerada pelo coronavírus, anunciada pela OMS, em 30 de janeiro de 2020, apresenta resultados complexos, que coloca em colapso o sistema de saúde de cada Estado, e constitui-se em uma emergência de saúde pública internacional.

A OMS declarou que o enfrentamento do vírus precisa ser feito, de forma coordenada, pelos Estados soberanos. Faz-se necessária a cooperação, coordenação e solidariedade global para interromper a propagação do vírus:

> A ESPII é considerada, nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI)" um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para os outros países devido à disseminação internacional da doença, e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata. (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020).

O surto da pandemia no mundo, além de gerar milhares de infectados e mortos, traz sérios impactos sociais, econômicos, políticos e jurídicos.

Há o colapso da saúde pública, que atinge tanto os países periféricos quanto os países desenvolvidos, tais como Estados Unidos, epicentro da pandemia.

Com o desmonte do Estado Social, hospitais da Itália, França, Reino Unido, Itália, Espanha e Brasil encontram-se com deficiência de equipamentos de segurança, médicos, respiradores, operando em sua capacidade máxima.

O caso norte-americano deve ser abordado à parte, pois, como Estado essencialmente liberal, não possui sistema público de saúde.

O impacto desta pandemia no mundo fez as autoridades públicas perceberem a vulnerabilidade do sistema de saúde que ensejam problemas sociais e econômicos.

A cooperação entre os Estados soberanos demonstra-se fundamental para combater o vírus, estabelecendo um novo *New Deal*, mediante recursos financeiros arrecadados das grandes potências. em nome da solidariedade internacional.

Angela Merkel, que se destaca como estadista, preconiza a proposta de ajuda aos países em desenvolvimento ao combate da pandemia, pelo que declarou no Parlamento alemão "que os países mais pobres do mundo, precisam de mais apoio financeiro e prometeu que a Alemanha aumentará contribuições para o fundo de recuperação pós-pandemia da UE". (COVID-19..., 2020).

A cooperação internacional ao combate ao vírus também é defendida pelo G-20, comprometido em desenvolver uma resposta massiva e coordenada contra o vírus:

> Este é um momento decisivo para a humanidade, Ao nos unirmos hoje em torno da ciência e da solidariedade estamos plantando uma semente de uma maior unidade amanha.Com os objetivos do desenvolvimento sustentável, podemos redefinir o poder da comunidade, da sociedade e da colaboração internacional para garantir que ninguém seja deixado para trás. (CONTE; MACRON; MERKEL; MICHEL; SOLBERG; VON DER LEYEN, 2020)

Vivenciamos um momento histórico de crise do capitalismo, com desaceleração econômica. A humanidade está unida pela mesma ameaça, medo dos efeitos da pandemia, mas dividida pelas respostas.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) calcula que todo mês de confinamento social extrai dois pontos do Produto Interno Bruto (PIB). Um terço da população mundial está em casa.

Muitos países, tais como o Brasil, já estão em recessão. A pandemia mergulha a economia mundial no caos:

> A economia mundial entrou num terreno inóspito e terá que esperar meses para ver o alcance real do golpe em toda sua extensão, está é uma crise híbrida. Há três meses, a grande preocupação global era a guerra entre os Estados Unidos e a China, mas hoje, ninguém se lembra daquilo. Alguns economistas como, Kenneth Rogott, Juan Ruiz, vêem hoje vestígios da crise dos anos setenta, quando o embargo petrolífero dos países do Golfo, quadruplicou o preço do barril e danificou a sala de máquinas das economias ocidentais, outros economistas, como Joan Roses, responsável pelo departamento de história da Econômica da London School of Economics vêem mais semelhança com o Crash de 1929. (FARIZA, 2020)

O economista e professor da universidade de Harvard, Gregory Mankiw, faz uma análise cética sobre os efeitos da pandemia na economia:

> As an economist, I'm often asked during recessions to divine the path of the recovery that will follow. In the current Covid-19 downturn, I find myself of two minds on this question. I thought I would share them both.
>
> THE PESSIMIST IN ME Economic downturns are often highly persistent. The National Bureau of Economic Research, the official arbiter of turning points in the business cycle in the United States, has not yet declared that the country is in a recession, but it surely is. Like others, this recession may leave scars on the economy for years to come.

> THE OPTIMIST IN ME Yes, the economy is often slow to recover from downturns, including the Great Recession of 2008-9. But this recession is different. It is occurring not by accident but by design. Employment and production are falling because we want people to stay at home. (MANKIW, 2020).

Uma pesquisa da Universidade de Oxford, chamada de Pacote de Recuperação Verde COVID-19, organizada pelo Professor Cameron Hepburn diretor da Escola Smith e meio ambiente, implementa medidas econômicas com estímulo fiscal para os países atingidos pelo vírus. Políticas favoráveis ao clima, proporcionam melhores resultados para economia e para o meio ambiente. Com o ar mais limpo, há redução de gases de efeito estufa.

No Reino Unido, trinta universidades estão pesquisando sobre os resultados de mudanças climáticas, especificamente, energia renovável, redução de emissões de gases industriais, remoção de gases de efeito estufa, veículos elétricos e soluções encontradas na natureza. (UNIVERSITY OF OXFORD, 2020)

> Shaping the national and global recovery from the coronavirus pandemic in the way that supports to response to climate change and other environmental threats simple make sense –not only does analysis suggest that Green recovery packages deliver greater economic benefit, but investing appropriately in research, innovation, infrastructure and skills training, and matching that with robust institutional structures. Will help create a fairer more resilient, sustainable world with benefits for all. (UNIVERSITY OF OXFORD, 2020)

A pandemia do COVID-19 pode significar também a crise do neoliberalismo, pois a circulação de riquezas deve ser restringida em uma situação de emergência.

O neoliberalismo, baseado na primazia do mercado, na competição, na intervenção estatal mínima, e na eficiência do setor privado acabou desfacelando o sistema de saúde pública em todo mundo.

> Para além desses efeitos adversos, o neoliberalismo resultou em uma vulnerabilização global em face de choques epidêmicos do COVID-19. Neste contexto a pandemia é um fenômeno político com suas raízes no nosso passado recente do neoliberal. A história do COVID-19 é feito de ações e omissões, ao longo das últimas décadas, que reduziram a capacidade dos sistemas de saúde de vigiar, conter e mitigar economias.Faz-se de escolhas políticas que acentuaram as desigualdades econômicas, a precariedade do trabalho e o enfraquecimento de serviços públicos de assistência, o que por sua vez colocou uma parte

> significativa da população em situação de vulnerabilidade á doença é a sua incapacidade de lidar com as suas conseqüências. Há mesmo tempo, a história da pandemia é feita de dinâmicas socioeconômicas e culturais no nível da relação do trabalho e das relações sociais. Culturalmente, o neoliberalismo reflete-se na atomização social, na promoção do individualismo e da competitividade e na destruição das redes de solidariedade e empatia essenciais ao esforço conjunto que a resposta a CODIV -19 tornou necessário. (NUNES, 2020, p. 2-3).

No cenário atual, percebemos que a *lex* mercatória tem de ser substituída pela solidariedade, em esforço conjunto de todos os países do mundo para superar a crise sanitária e econômica.

A colaboração internacional, a interdependência dos Estados e o multilateralismo consagrados pela ONU não conseguem ocultar a vulnerabilidade da humanidade diante da pandemia.

A vontade política multilateral visa essencialmente indicar meios para que os Estados soberanos cooperem, a vontade política multilateral nasce de articulações negociadas com os estados individualmente que podem se convertidas em decisões específicas.

A cúpula do G-20, neste momento de incertezas econômicas, declarou, em 30 de março de 2020, que para se combater a pandemia é preciso um espírito de solidariedade. Valores comuns, como o direito à vida, direito à saúde, direito ao emprego, estão sendo consagrados pelo multilateralismo para que o mundo não entre em colapso. A cooperação internacional coincide com o interesse geral em encontrar uma cura para o COVID-19.

> Na história da Organização das Nações Unidas (ONU) percebemos dificuldades em encontrar consenso entre os estados soberanos para tratar de questões específicas. Há momentos em que a seqüência é clara e precisa como o atentado do dia 11 de setembro, o interesse norte-americano em uma condenação enérgica do terrorismo coincidia com o interesse geral e imediatamente foram aprovadas resoluções no sentido desejado. Em outros temas, como defesa do mio ambiente, direitos humanos, ou em questões especificas como a crise do oriente médio, não é fácil encontra pontos de equilíbrio para a cooperação. Há diferenças que são herdadas dos anos 50, como a que separa as potências nucleares e não nucelares. (FONSECA JÚNIOR, 2008, p. 53). [...] Em temas de meio ambiente, há países produtores e consumidores de petróleo, os que os leva a ter perspectivas contraditórias no tratamento da mudança climática; há países com capa florestal e outros não, o que implica atitudes diferentes quando se trata da preservação da diversidade biológica. Modos de condicionar a soberania, no caso dos direitos humanos, é outro tema que divide

> os que defendem as intervenções humanitárias e os que a rejeitam. Ainda assim, na história da ONU, é possível encontrar temas em que houve consenso e a vontade de agir na mesma direção, com doses variadas de sucesso. (FONSECA JÚNIOR, 2008, p. 55).

Apesar da evolução dos organismos multilaterais e observada a impressionante evolução das regras multilaterais na última década, o protecionismo como conseqüência do unilateralismo ainda permeia as relações internacionais.

O protecionismo pode ser explicado pelo fato de que a reduzida cooperação entre os Estados soberanos no plano internacional permite o fortalecimento das pressões políticas internas favoráveis às medidas protecionistas.

Entretanto, deve-se discutir o conceito de protecionismo, como utilização de medidas visando à modificação unilateral de um fluxo comercial., geralmente buscando favorecer produtores nacionais. São as suas principais causas – grupos de pressão nacionais, apoio popular e utilização de represália.

As conseqüências são desastrosas para evolução dos mecanismos multilaterais porque aumenta as frustrações com o livre comércio, sobretudo com os países em desenvolvimento que ainda não se beneficiaram da globalização da economia mundial, não apenas em virtude de suas carências político-institucionais, mas também devido ao impacto das barreiras que os países industrializados impõem aos seus produtos, sendo a redução do protecionismo, condição para continuar a construção do multilateralismo.

Para Welber Barral, os países em desenvolvimento têm tomado medidas rumo à liberalização comercial, em busca de processo de crescimento e desenvolvimento global. A longa marcha em prol do multilateralismo, iniciada, com a Conferência de Bretton Woods, não pode ser interrompida. Apenas o reforço das relações multilaterais poderia apaziguar divergências e aproximar os povos num esforço comum em prol do desenvolvimento econômico, social e humano. (BARRAL, 2004, p. 193).

## 4 CONCLUSÃO

Este artigo, pautando-se na auto determinação e solidariedade dos povos, sugere a convergência de todos os países, principalmente os desenvolvidos, na busca de valores comuns para a cura do COVID-19 e para enfrentar as sequelas econômicas decorrentes.

A cooperação internacional, para solucionar esta pandemia, esbarra na resiliência dos Estados para o fortalecimento do sistema econômico e social internacional, ao ignorar os pressupostos da saúde, como bem universal, e do desenvolvimento econômico sustentável.

A primeira lição do COVID-19 é a necessidade de se continuar com a construção do multilateralismo como pilar para se concretizar a solidariedade entre os povos.

O protecionismo pode ameaçar este ajuste, porque pode aumentar as frustrações com o livre comércio, principalmente em relação aos países em desenvolvimento.

Espera-se que sejam cumpridas as promessas do G20 em ajudar a recuperar a economia mundial, entendendo que a vulnerabilidade da humanidade é um ponto comum de todas as nações quando se trata da vulnerabilidade da saúde e da economia.

Trata-se de pugnar por um mundo melhor, tendo como pressupostos a vida comum, solidária e sustentável, consciente da vulnerabilidade compartilhada e de como essa vulnerabilidade se reflete em experiências múltiplas e desiguais. (NUNES, 2020, p. 3).

## REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência, Caminhos, Perigos, Estratégias.** Rio de Janeiro: Darkside, 2018.

CONTE, Giuseppe; MACRON, Emmanuel; MERKEL, Angela; MICHEL, Charles; SOLBERG, Erna; VON DER LEYEN, Ursula. Trabalhando juntos pela recuperação mundial. **El País**, 3 maio 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-05-04/trabalhando-juntos-pela-recuperacao-mundial.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

COVID-19: Angela Merkel defende mais cooperação com África. **Dw.com**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/covid-19-angela-merkel-defende-mais-coopera%C3%A7%C3%A3o-com-%C3%A1frica/av-53234377>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DUARTE, Carlos M. O vírus que despertou a colaboração global. **El País,** 3 maio 2020. <Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020/04/21/eps/1587488761_803173.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FARIZA, Ignacio. Pandemia de coronavírus mergulha a economia no desconhecido. **El País,** 15 maio 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-03-15/pandemia-do-coronavirus-mergulha-a-economia-no-desconhecido.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FONSECA JÚNIOR, Gelson. **O Interesse e a Regra**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

FONSECA, Fulvio Eduardo. Notas e Reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em Matéria Ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. **Ambiente & Sociedade,** Campinas v. 13, n. 2, p. 243-259, jul.-dez. 2010.

MANKIW, N. Gregory. He Said, He Said: Debating Two Possible Recoveries, **New York** Times, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/mankiw/files/he_said_he_said.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

NUNES João, Caderno de Saúde Pública, A Pandemia da COVID-19: Securitização, Crise Neoliberal, Vulnerabilidade). **Cadernos de Saúde Pública,** v. 36, n. 4, 2020. Disponível em: <https://blog.scielo.org/wp-content/uploads/2020/05/1678-4464-csp-36-05-e00063120.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do PNUMA sobre o COVID-19.** Brasília: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/statement/declaracao-do-pnuma-sobre-o-covid-19>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa** – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Brasília: OPAS, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 15 jun. 2020.

POTT, Crisla Maciel; ESTRELA, Carina Costa. Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, jan./abr. 2017.

SHAW, Malcon N. **Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOARES, Guido Fernandez Silva. A Evolução do Direito Internacional. *In:* BRANT, Leonardo Nemer (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **6 fatos sobre coronavírus e meio ambiente.** Brasília: UN, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/6-fatos-sobre-coronavirus-e-meio-ambiente>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNIVERSITY OF OXFORD. **Building back better:** Green COVID-19 recovery packages will boost economic growth and stop climate change. Oxford, 5 maio 2020. Disponível em: <http://www.ox.ac.uk/news/2020-05-05-building-back-better-green-covid-19-recovery-packages-will-boost-economic-growth-and>. Acesso em: 15 jun. 2020.

# A GARANTIA FUNDAMENTAL DE APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ COMPETENTE E A IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

# THE FUNDAMENTAL GUARANTEE OF THE PRISONER'S PRESENTATION TO THE COMPETENT JUDGE AND THE IMPOSSIBILITY OF SUSPENDING THE CUSTODY HEARING IN PANDEMIC TIMES

Raphael Luiz Corrêa de Melo[1]
Gabriel de Souza Salema[2]

**RESUMO:** A garantia de apresentação da pessoa presa ao juiz competente, prevista em tratados internacionais e incorporada ao Direito Brasileiro desde 1992, só ganhou vida a partir de 2014, por meio das audiências de custódia. Na referida audiência, realizada em até 48 horas após a captura, com a presença do defensor e do membro do Ministério Público, o juiz avaliará a legalidade e a cautelaridade da prisão, bem como eventual ocorrência de tortura ou maus-tratos. A não apresentação do preso, no prazo assinalado, torna ilegal a privação da liberdade, ensejando o imediato relaxamento da prisão.

[1] Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário UNA. Procurador Federal. raphaelcmelo@yahoo.com.br.

[2] Advogado. Pós-graduado em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestrando em Direito pelo PPGD da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas, CAPES Nota 6). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, (CAPES), Brasil. gabrielsalemaadv@gmail.com

Após o início da Pandemia da COVID-19 no Brasil, seguindo recomendação do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais suspenderam a realização das audiências de custódia, sob a justificativa de minimizar a propagação do coronavírus. No entanto, tal suspensão viola uma garantia fundamental, sendo incompatível com nossa ordem jurídica, razão pela qual deve ser reconhecida sua ilegalidade.

**Palavras-chave**: Audiência de Custódia. Pandemia COVID-19. Obrigatoriedade.

**ABSTRACT:** The guarantee of presentation of the person arrested to the competent judge, provided for in international treaties and incorporated into Brazilian law since 1992, was only effective from 2014, through custody hearings. At the hearing, held within 48 hours after the arrest, in the presence of the defender and the member of the Public Ministry, the judge assesses the legality and precautionary nature of the arrest, as well as the possible occurrence of torture or ill-treatment. Failure to present the prisoner within the specified deadline makes deprivation of liberty illegal, giving rise to the immediate arrest. After the beginning of the COVID-19 Pandemic in Brazil, following the recommendation of the National Council of Justice, the courts suspended the holding of custody hearings, under the justification of minimizing the spread of the coronavirus. However, such suspension violates a fundamental guarantee of freedom and is incompatible with our legal system, which is why its illegality must be recognized.

**Keywords:** Custody Hearing. COVID-19 Pandemic. Obligatoriness.

## 1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Desde 2014, são realizadas no Brasil as Audiências de Custódia. No referido ato, que conta com a participação do representante do Ministério Público e de um advogado/defensor público, a pessoa presa deve ser apresentada à autoridade judiciária competente, ocasião em que será avaliada a legalidade da prisão, a necessidade e adequação de medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas da liberdade, bem como a ocorrência de tortura ou maus-tratos.

A Audiência de Custódia materializou a garantia fundamental de apresentação do preso à autoridade judiciária, prevista no art. 9, 3, 1ª parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[3] (PIDCP), promulgado pelo

[3] Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais

Decreto 592, de 06 de julho de 1992, e no art. 7º, 5, 1ª parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[4] (CADH), promulgada pela Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Embora se discuta doutrinariamente o nível hierárquico dos pactos internacionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) já chancelou o entendimento de que os diplomas internacionais podem ser incorporados ao nosso ordenamento jurídico de duas formas: como emendas à Constituição, se submetidos ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal (CF); ou em uma posição intermediária entre a lei e a Constituição, ou seja, como normas supralegais, mas infraconstitucionais (GIACOMOLLI, 2015, p. 22-24). E a garantia de apresentação do preso, prevista nos tratados internacionais já referidos, estaria nesse último patamar. Enfrentando o tema, o STF assim se pronunciou:

> "[...] o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que 'toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz', sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro" (BRASIL. STF, 2016).

Assim, de acordo com o entendimento do Pretório Excelso, desde 1992 a referida garantia estava prevista na nossa ordem jurídica e teria revogado todas as disposições legais incompatíveis, mas era ignorada, negando-se vigência às aludidas normas internacionais.

É certo que em alguns casos, na legislação brasileira, excepcionalmente, a apresentação do preso já era imposta ao juiz competente, tais como a prisão executada sem a apresentação do mandado judicial nos crimes inafiançáveis (art. 287 do Código de Processo Penal – CPP, antes da modificação pela Lei 13.964/2019); a prisão realizada em período eleitoral (art. 236, do Código Eleitoral, Lei 4.737/65); diante de pedido de prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial de indiciado preso, no âmbito da Justiça Federal (art. 66, parágrafo único, da Lei 5.010/66); e na apreensão de adolescente infrator por determinação judicial (art. 171 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). Também havia a possibilidade

e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade (BRASIL. Decreto 592, 1992, art. 9, 3, 1ª parte).

[4] Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo (BRASIL. Decreto 678, 1992, art. 7º, 5, 1ª parte).

de apresentação na prisão em flagrante pela prática de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 69 e parágrafo único da Lei 9.099/95) e pela prática do crime de porte para uso de drogas (art. 48, § 2º da Lei 11.343/2006). Além destas hipóteses, também seria cabível a apresentação em virtude de determinação judicial, sobretudo para verificar a legalidade da prisão e o respeito à sua integridade física, como previsto no procedimento do *habeas corpus* (art. 656 do CPP) e em caso de prisão temporária (art. 2º, § 3º da Lei 7.960/89). Porém, nas hipóteses citadas, não havia a realização de uma audiência de custódia, com seu procedimento, suas finalidades e com a presença do defensor e do promotor, bastando apenas apresentar o preso ao juiz, o que era feito, muitas vezes, como mera formalidade legal, sem qualquer finalidade prática.

No entanto, a partir de 2014, alguns tribunais estaduais editaram atos normativos instituindo e regulamentando as audiências de custódia, dando efetividade à garantia de apresentação do preso. O pioneirismo[5] coube ao Tribunal de Justiça do Maranhão[6] (Provimentos n. 14, de 24/04/2014 e n. 24, de 05/12/2014), sendo seguido pelos Tribunais de Justiça de São Paulo (Provimento Conjunto n. 3, de 22/01/2015), Espírito Santo (Resolução n. 13, de 10/04/2015, do Gabinete da Presidência) e Minas Gerais (Resolução n. 796, de 24/06/2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça).

Posteriormente, em 09 de setembro de 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, cujo tema era a incompatibilidade das práticas do sistema carcerário brasileiro com as garantias constitucionais, o STF concedeu parcialmente a cautelar e determinou a realização de audiências de custódia em todo o país, impondo o prazo de 90 dias para a observância da ordem (BRASIL. STF, 2015). E, na esteira desta decisão da Suprema Corte, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ editou a Resolução n. 213, que entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2016 e passou

[5] Deve ser registrado que, em 2003, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do Ofício-Circular n. 033/03 da Corregedoria Geral de Justiça, tentou incentivar os juízes a realizarem as apresentações, "lembrando-os" que tal providência estava prevista na CADH. Porém, em virtude de obstáculos materiais, a providência acabou não sendo adotada no Poder Judiciário gaúcho (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 22)

[6] O pioneirismo maranhense foi uma decorrência da precária situação prisional do Estado. Como relata Caio Paiva, a iniciativa "[...] decorre, sem dúvida, do gravíssimo problema enfrentado pelo MA em seu sistema penitenciário, notadamente no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís, o que ensejou, inclusive, a concessão de medida provisória pela Corte Interamericana no dia 14/11/2014 a fim de que fossem adotadas, de forma imediata, *'todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo de Penitenciário de Pedrinhas, assim como qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo agentes penitenciários, funcionários e visitantes'"* (PAIVA, 2015, p. 68).

a reger as audiências de custódia em todo o país (BRASIL. CNJ, Resolução n. 2013, 2015).

Finalmente, em 2019, a Lei 13.964, denominada de Pacote Anticrime, incorporou a Audiência de Custódia ao Código de Processo Penal.

Percorremos um longo caminho para a implantação das audiências de custódia no Brasil. Apesar de alguns problemas pontuais, as audiências de custódia vêm sendo realizadas no país há mais de cinco anos, dando efetividade à garantia fundamental de apresentação do preso ao juiz competente, prevista há quase 30 anos em nosso ordenamento. Porém, após o início da Pandemia da COVID-19, as audiências foram suspensas, inclusive por recomendação do CNJ, o que não nos parece admissível, como será demonstrado no desenvolvimento do presente artigo.

## 2 FINALIDADES DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A implantação da audiência de custódia tem múltiplas finalidades. Uma delas é a compatibilização do nosso processo penal com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, já incorporados ao nosso Direito, e que, antes do estabelecimento das audiências de custódia, eram ignorados (PAIVA, 2015, p. 34). Os tratados internacionais sobre direitos humanos são instrumentos de grande importância no desenvolvimento das nações e os países signatários obviamente devem observá-los, sobretudo quando já integram a ordem jurídica interna, como é o caso dos pactos anteriormente mencionados e que instituíram a garantia de apresentação do preso ao juiz competente.

Outra finalidade é a prevenção e repressão à tortura e aos maus-tratos contra os presos. Essa preocupação é evidenciada na Resolução 213 do CNJ, que, no art. 8º atribui ao juiz o dever de pesquisar eventual ocorrência de tais abusos e no art. 11 estabelece as providências a serem adotadas diante da constatação de que os mesmos ocorreram (BRASIL. CNJ, Resolução n. 213, 2015). Trata-se, portanto, de relevante instrumento no combate a tais ilegalidades, já que os agentes propensos a tais práticas poderão ter suas condutas reveladas e, posteriormente, apuradas em decorrência das constatações feitas na audiência de custódia, seja a partir das declarações do preso, por eventuais lesões aparentes ou por perícias determinadas judicialmente.

Por fim, a mais importante finalidade é a verificação da legalidade da prisão e de sua cautelaridade. Até então, a análise da legalidade da prisão em nosso processo penal era restrita aos casos de prisão em flagrante e limitava-se aos aspectos formais do auto de prisão lavrado pela autoridade policial, sendo normalmente feito por meio de um despacho padronizado. Somente

após provocação da defesa, não raro de modo insistente, as ilegalidades eram conhecidas pela autoridade judiciária. Também não se avaliava a cautelaridade da prisão, isto é, a real necessidade de se manter o preso custodiado. Não se averiguava a possibilidade de substituição da prisão, a mais drástica das medidas cautelares pessoais, por outra medida menos gravosa. A prisão preventiva continuava reinando absoluta como medida cautelar penal, mesmo após o advento da Lei 12.403/2011, que modificou profundamente o sistema cautelar do processo penal, estabelecendo diversas cautelas diversas da prisão, como o monitoramento eletrônico, o comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares, dentre outras (BARROS e MACHADO, 2011).

Com o advento da audiência de custódia, a apreciação da legalidade e da cautelaridade de todas as espécies de prisão foi privilegiada. O promotor e o advogado/defensor passaram a ter oportunidade de participar, em contraditório, da construção do provimento jurisdicional que apreciará a legalidade da prisão, a possibilidade de sua substituição por medida menos gravosa ou, até mesmo, a imposição da prisão preventiva. Assim, além de impor ao juiz uma avaliação real desses possíveis caminhos, a audiência permite a individualização da melhor medida cautelar para cada processo penal, já que as peculiaridades serão demonstradas na audiência, limitando-se a utilização da prisão preventiva apenas para os casos em que a medida seja estritamente necessária. "Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato de prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar..." (LOPES JR., 2020, p. 675).

Conforme dados divulgados pelo CNJ, 41% dos presos do Brasil ainda não foram condenados e 37,2% das pessoas que são presas provisoriamente, ao final do processo, são absolvidas ou são condenadas a penas não privativas da liberdade, o que demonstra o uso irracional e desproporcional da prisão provisória (BRASIL. CNJ, Protocolo I da Resolução n. 213, 2015). Logo se vê, portanto, o potencial que as audiências de custódia têm de limitar o encarceramento provisório, um dos maiores problemas enfrentados atualmente pelo sistema penal. Se antes da sua instituição, as prisões em flagrante eram automaticamente convertidas em prisões preventivas, sem a abordagem dos elementos do caso concreto, após seu advento houve uma limitação desse automatismo, impondo aos magistrados uma avaliação séria das medidas cautelares alternativas à prisão, só se admitindo a prisão preventiva diante da insuficiência das opções menos gravosa.

## 3 PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA PESSOA PRESA AO JUIZ COMPETENTE E CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO

Nos pactos internacionais, não há uma indicação precisa de tempo para que o preso seja levado à presença do juiz, sendo utilizada a expressão "sem demora". No entanto, a fixação de um prazo é imprescindível para dar efetividade à garantia, uma vez que a vagueza poderia levar a situações de violação, com um intervalo extenso entre a privação da liberdade e apresentação ao juiz. Por tal razão, mesmo as primeiras resoluções dos tribunais estaduais buscaram a fixação de um prazo, o que também foi feito pela Resolução n. 213 do CNJ e, posteriormente, pelo CPP, modificado pela Lei 13.964/2019, prevalecendo atualmente o disposto neste último, por ser norma hierarquicamente superior aos atos infralegais mencionados.

A Resolução n. 213 do CNJ, em seu artigo 1º determina que a pessoa presa em flagrante seja apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente. O dispositivo considera a comunicação do flagrante à autoridade judicial como marco inicial do prazo de 24 horas para a apresentação do preso ao juiz. E, considerando que o art. 306, § 1º do CPP, regulamentando o art. 5º, LXII da CF, concede o prazo de 24 horas para que a prisão seja comunicada ao juiz, por meio do encaminhamento do respectivo auto de prisão em flagrante, defende-se doutrinariamente que o prazo para realização da audiência de custódia seria de 48 horas, a partir da captura, entendida esta como o ato preliminar e concreto que priva a pessoa de sua liberdade de locomoção (MELO, 2016, p. 149 e ss.).

O art. 310 *caput* do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, por sua vez, estabelece:

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
>
> I - relaxar a prisão ilegal; ou
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
>
> III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.
>
> § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II

> ou III do **caput** do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
>
> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.
>
> § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.
>
> § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL. Código de Processo Penal, 1941, art. 310).

A redação do dispositivo é ampla e abre a possibilidade de duas interpretações. A primeira interpretação possível é no sentido de que o prazo para a realização da audiência de custódia seria de 24 horas, a partir da *captura*, ou seja, o primeiro ato de privação da liberdade, que não se confunde com o momento posterior da formalização do ato no Auto de Prisão em Flagrante ou do recolhimento do conduzido (MELO, 2016, p. 94 e ss.). Assim, entre a detenção e a apresentação do preso ao juiz competente não podem transcorrer mais de vinte e quatro horas, devendo ser realizadas a lavratura do auto e as demais formalidades, como, por exemplo, a comunicação à família e a entrega da nota de culpa, também dentro desse prazo e, obviamente, antes da apresentação do preso.

A segunda interpretação viável do art. 310 do CPP seria equivalente àquela decorrente do disposto no art. 1º da Resolução n. 213 do CNJ. Por esse entendimento, a autoridade policial teria 24 horas para comunicar a prisão à autoridade judiciária e esta teria também 24 horas para realizar a audiência de custódia, totalizando um máximo de 48 horas entre a captura e a apresentação do preso em juízo. O § 4º do art. 310 reforça essa última visão. O dispositivo considera ilegal a prisão se não for realizada a audiência de custódia em 24 horas, contadas a partir do decurso das 24 horas mencionadas no *caput* do dispositivo. Assim, o prazo de 24 horas previsto no *caput* do art. 310 seria concedido à autoridade policial, para comunicar a prisão ao juiz competente, em consonância com o art. 306, § 1º do CPP. Já no § 4º

do art. 310 do CPP estaria previsto o prazo de 24 horas para a realização da audiência, a ser contado da comunicação feita, totalizando 48 horas entre a captura e a audiência de custódia. Essa é a interpretação mais coerente com o texto legal e com a realidade. Um prazo de 24 horas entre a captura e a apresentação do preso ao juiz seria de difícil observância quando a prisão fosse realizada em localidades distantes da sede do juízo, o que é extremamente comum. Além disso, um prazo tão exíguo tornaria inviável o cumprimento de outras garantias, como, por exemplo, a comunicação à família e ao advogado, providências essas que contribuirão para a adequada atuação defensiva na audiência de custódia.

Visto o prazo previsto na nossa legislação para a realização da audiência de custódia, uma importante questão que surge diz respeito à sua inobservância e às consequências daí advindas. Não resta dúvida de que o desrespeito do prazo legal gera a ilegalidade da prisão, conforme expressamente previsto no já citado §4º do art. 310[7], ensejando, inclusive, a responsabilização civil, administrativa e penal da autoridade responsável pelo descumprimento, conforme disposto no art. 310, § 3º do CPP, que está em plena vigência. Contudo, os §§ 3º e 4º do já citado art. 310 do CPP abrem a possibilidade para o não cumprimento do prazo, se houver motivação idônea. Assim, o próximo tópico será dedicado a abordar se as restrições impostas pela Pandemia da COVID-19 podem ser invocadas como fundamento para suspensão da garantia de apresentação da pessoa presa ao juiz competente.

## 4 IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA DURANTE A PANDEMIA

Após os primeiros casos registrados na China, no final de 2019, o coronavírus se espalhou rapidamente pelo mundo e, em 11 de março de 2020, quando eram computados 118 mil casos e 4.291 mortes, em 114 países, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que estávamos diante de uma pandemia. Passados mais de 07 meses, a situação é muito pior, sendo registradas, em todo o mundo, 41.982.448 infecções e 1.140.593 mortes, sendo 155.900 delas no Brasil (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY, 2020).

Diante desse cenário, foram adotadas várias medidas, de diferentes matizes, por todos os países afetados, inclusive o Brasil. No entanto, tendo em

[7] Deve-se registrar que esse e vários outros dispositivos introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, não entraram em vigor, pois o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, suspendendo *sine die* a eficácia dos mesmos, *ad referendum* do Plenário (BRASIL. STF, 2020).

vista o objetivo do presente trabalho, a análise será restrita à suspensão das audiências de custódia.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 62, de 17/03/2020, sugeriu a suspensão das audiências de custódia, como forma de mitigar a propagação no novo vírus, e os tribunais acataram rapidamente a recomendação. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, no dia seguinte publicou a Portaria Conjunta n. 949/PR/2020, suspendendo a realização das audiências de custódia no Estado (MINAS GERAIS. Poder Judiciário de Minas Gerais, 2020).

O art. 8º da Recomendação n. 62 do CNJ, que trata especificamente do tema, dispõe:

> Art. 8º **Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia**.
>
> § 1º Nos casos previstos no caput, recomenda-se que:
>
> I – o controle da prisão seja realizado por meio da análise do auto de prisão em flagrante, proferindo-se decisão para:
>
> a) relaxar a prisão ilegal;
>
> b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou
>
> c) excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e que as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, observado o protocolo das autoridades sanitárias.
>
> II – o exame de corpo de delito seja realizado na data da prisão pelos profissionais de saúde no local em que a pessoa presa estiver, complementado por registro fotográfico do rosto e corpo inteiro, a fim de documentar eventuais indícios de tortura ou maus tratos.
>
> § 2º Nos casos em que o magistrado, após análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, vislumbrar indícios de ocorrência de tortura ou maus tratos ou entender necessário

> entrevistar a pessoa presa, poderá fazê-lo, excepcionalmente, por meios telemáticos.
>
> § 3º Nas hipóteses em que se mostre viável a realização de audiências de custódia durante o período de restrição sanitária relacionado com a pandemia do Covid-19, deverão ser observadas as seguintes medidas adicionais às já contempladas na Resolução CNJ nº 213/2015:
>
> I – atendimento prévio à audiência de custódia por equipe psicossocial e de saúde para a identificação de sintomas e perfis de risco, a fim de fornecer subsídios para a decisão judicial e adoção de encaminhamentos de saúde necessários;
>
> II – na entrevista à pessoa presa, prevista no art. 8º da Resolução CNJ nº 213/2015, o magistrado indagará sobre eventuais sintomas típicos da Covid-19, assim como a exposição a fatores de risco, como viagens ao exterior, contato com pessoas contaminadas ou suspeitas, entre outros;
>
> III – quando for apresentada pessoa presa com os sintomas associados à Covid-19, deverão ser adotados os seguintes procedimentos:
>
> a) disponibilização, de imediato, de máscara cirúrgica à pessoa;
>
> b) adoção dos procedimentos determinados nos protocolos de ação instituídos pelo sistema público de saúde;
>
> c) em caso de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, encaminhamento à rede de saúde para diagnóstico, comunicação e atendimento previamente ao ingresso no estabelecimento prisional, notificando-se posteriormente o juízo competente para o julgamento do processo. (BRASIL. CNJ, Recomendação n. 62, 2020. Grifos nossos).

O *caput* do dispositivo acima transcrito é claro ao dispor que a pandemia de COVID-19 poderia ser a motivação idônea para não realização das audiências de custódia, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 310 do CPP. Não se pode concordar com semelhante entendimento. Os dispositivos do CPP citados tratam da não realização da audiência de custódia no prazo já assinalado anteriormente, isto é, cuidam de atrasos no cumprimento da determinação legal. É claro que podem ocorrer atrasos por vários motivos, como, por exemplo, no caso da viatura que estraga na estrada a caminho da sede do juízo ou o da pessoa presa que está inconsciente no hospital. Mas são situações transitórias, que, uma vez superadas, levam à obrigatoriedade de praticar o ato. Porém, o que a Recomendação prevê, na verdade, é a não realização do ato, enquanto perdurar a Pandemia, o que não se mostra razoável. Suspender indefinidamente a apresentação do preso ao juiz é negar uma garantia fundamental, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

A suspensão das audiências de custódia foi feita como se o ato fosse uma mera formalidade, despida de qualquer sentido prático. Olvidou-se que

o ato foi instituído como forma de dar efetividade à garantia fundamental de apresentação do preso, prevista em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e já incorporada à nossa ordem normativa desde 1992 com a natureza de normas supralegais, embora infraconstitucionais.

No contexto da pandemia de COVID-19, as audiências de custódia, por seu potencial de filtragem das prisões ilegais, deveriam ser mantidas, evitando-se o encarceramento em massa. Essa, sim, seria uma medida eficaz para evitar a propagação do coronavírus, já que o ambiente carcerário é um dos mais propícios à transmissão.

Outra medida salutar seria a rigorosa observância do art. 316, parágrafo único do CPP. O dispositivo determina que o juiz verifique, a cada 90 dias e de ofício, a necessidade de manutenção da prisão preventiva, proferindo nova decisão com base nas provas existentes nos autos, pois, caso não o faça, tornar-se-á ilegal a prisão (NUCCI, 2020, p. 86). Assim, revisando-se todas as prisões preventivas impostas, seriam mantidas presas apenas aquelas pessoas cuja liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares menos gravosas, fosse absolutamente inviável, já que comprovadamente presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A suspensão das audiências de custódia nos levou de volta ao passado, em um momento no qual a legalidade e cautelaridade da prisão eram apenas formalmente analisadas, por meio da leitura do Auto de Prisão em Flagrante, e eventuais torturas ou maus-tratos eram mantidos distantes dos magistrados. Assim, diante das críticas que lhe foram endereçadas, o CNJ editou a Recomendação n. 68, de 17/06/2020, que modificou a de n. 62, introduzindo nesta última o art. 8-A, que prevê:

> Art. 8-A. Na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do artigo anterior, deverá adotar o procedimento previsto na presente Recomendação.
>
> § 1º Sem prejuízo das disposições do artigo anterior, o ato do tribunal que determinar a suspensão das audiências de custódia durante o período de restrições sanitárias decorrentes da pandemia de Covid-19 deverá contemplar as seguintes diretrizes:
>
> I – possibilidade de realização de entrevista prévia reservada, ou por videoconferência, entre o defensor público ou advogado e a pessoa custodiada, resguardando-se o direito à ampla defesa;
>
> II – manifestação do membro do Ministério Público e, em seguida, da defesa técnica, previamente à análise do magistrado sobre a prisão processual;
>
> III – conclusão do procedimento no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal;

> IV – observância do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a expedição e o cumprimento de alvarás de soltura, nos termos da Resolução CNJ nº 108/2010;
>
> V – fiscalização da regularidade do procedimento, especialmente quanto à realização prévia de exame de corpo de delito ou exame de saúde e à juntada aos autos do respectivo laudo ou relatório, bem como do registro fotográfico das lesões e de identificação da pessoa, resguardados a intimidade e o sigilo, nos termos das diretrizes previstas na Recomendação CNJ nº 49/2014; e
>
> VI – determinação de diligências periciais diante de indícios de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a fim de possibilitar eventual responsabilização.
>
> § 2º Recomenda-se, para a implementação do previsto no inciso I do parágrafo anterior, a articulação interinstitucional com a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública em âmbito local.
>
> § 3º O magistrado competente para o controle da prisão em flagrante deverá zelar pela análise de informações sobre fatores de risco da pessoa autuada para o novo Coronavírus, considerando especialmente o relato de sintomas característicos, o contato anterior com casos suspeitos ou confirmados e o pertencimento ao grupo de risco, recomendando-se a utilização do modelo de formulário de perfil epidemiológico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL. CNJ, Recomendação n. 68, 2020).

O art. 8-A tenta dar alguma legitimidade ao provimento que será proferido pelo juiz em relação à liberdade da pessoa presa, indicando um procedimento a ser adotado pelos tribunais que optarem pela suspensão das audiências de custódia, no qual haveria a manifestação prévia do promotor e do defensor antes da decisão. No entanto, de modo algum, essa providência supre a garantia de apresentação do preso ao juiz competente.

Em recente decisão, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de suspensão das audiências de custódia durante a pandemia. Em seu voto, o Relator, Ministro Celso de Mello, enfrentou a questão aqui discutida, asseverando:

> **Mostra-se grave**, *portanto*, **a injusta denegação**, àquele que sofreu prisão em flagrante, **do seu direito** de ser conduzido, ***"sem demora"***, à presença da autoridade judiciária competente, **eis que a realização** da audiência de custódia *tem por finalidade essencial* **proteger**, *de um lado*, a integridade física e moral da pessoa custodiada e, de outro, **preservar** o *"status libertatis"* **daquele** que se acha cautelarmente privado de sua liberdade.

> **Nem se diga** que a situação extraordinária **em que se encontra** nosso País, **atingido** pela Pandemia da COVID-19, **poderia constituir motivo justificador** **da denegação**, *em desfavor daquele que sofreu prisão em flagrante*, **do seu ineliminável direito público subjetivo** à realização da audiência de custódia, **pois o descumprimento**, *pelo Poder Público*, **da obrigação que assumiu**, *no plano internacional (e também doméstico)*, **de promover** *esse ato de essencial relevo* **importaria em gravíssima ofensa** à liberdade jurídica da pessoa *sob custódia estatal*. (BRASIL. STF, 2020. Grifos no original).

Verifica-se, dessa forma, que a decisão do STF vai ao encontro do ponto de vista defendido no presente trabalho, isto é, a Pandemia da COVID-19 não justifica a inobservância da garantia fundamental de apresentação da pessoa presa ao juiz competente. É possível a realização do ato presencialmente, com a adoção de medidas sanitárias adequadas, ou, em último caso, sua realização por meio de videoconferência, como sugerido pelo Ministro Celso de Mello no voto anteriormente citado, no qual o mesmo observa que "**a solução que se preconiza** para superar esse problema – **que se mostra altamente detrimentoso** ao *"status libertatis"* **daquele** que foi preso em flagrante – **reside** *na utilização **excepcional** do sistema de videoconferência*" (BRASIL. STF, 2020). Contudo, a realização virtual da audiência de custódia só deve ocorrer em razão da situação excepcional provocada pela pandemia, não se admitindo o uso da videoconferência em situação de normalidade sanitária, como adverte a doutrina (LOPES JR.; PAIVA, 2014, p. 15-16 e MELO, 2016, p. 219-221).

Ainda sobre a realização da audiência de custódia por videoconferência, a recente Resolução n. 329 do CNJ, de 30/07/2020, estabelece em seu art. 19: "É vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015" (BRASIL. CNJ, 2020, Resolução 329). Logo, não seria possível a prática do ato com a utilização de recursos informáticos.

Semelhante é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, interpretando a previsão da garantia fundamental de apresentação da pessoa presa prevista na CADH, no caso Acosta Calderón contra Equador, fixou o entendimento de que a mera comunicação da prisão ao juiz não satisfaz a referida garantia, devendo a pessoa detida comparecer pessoalmente e render suas declarações à autoridade competente (ROSA; LOPES JR., 2015). No entanto, o referido órgão já admitiu, excepcionalmente, a realização do ato por meio de videoconferência, desde que a situação fática justifique, mas isso não pode decorrer de mera comodidade para os participantes (ROSA, 2020, p. 485).

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, nos casos concretos que forem submetidos à sua apreciação, exercer o controle de convencionalidade[8] e declarar a incompatibilidade de todos os atos normativos que suspenderam as audiências de custódia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Os referidos instrumentos internacionais instituíram a garantia de apresentação da pessoa presa ao juiz competente e, por sua hierarquia de normas supralegais, não podem ter a eficácia suspensa por atos infralegais. Os órgãos jurisdicionais devem, também, determinar a imediata realização das audiências de custódia, de forma presencial ou, excepcionalmente, por videoconferência, em todas as prisões ocorridas após a suspensão. Não realizado o ato, deve ser declarada a ilegalidade da prisão, com o seu consequente relaxamento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A audiência de custódia materializa a garantia fundamental de apresentação do preso ao juiz competente. Tal garantia está prevista em tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico como normas supralegais, desde 1992.

A implantação da audiência de custódia tem por finalidade a compatibilização do processo penal com os tratados internacionais assinados pelo país e já incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, a verificação de eventuais maus-tratos e tortura contra o preso e, por fim, a avaliação da legalidade e da cautelaridade da prisão, com eventual substituição da mesma por medidas menos gravosas.

O prazo máximo para apresentação da pessoa presa ao juiz competente é de 48 horas, contadas a partir da captura, ato inicial de privação da liberdade de locomoção. Chega-se a tal prazo, considerando-se que a autoridade policial tem 24 horas para comunicar a prisão ao juiz competente e, a partir de tal comunicação, serão contadas mais 24 horas para a apresentação do preso em juízo, a fim de ser realizada a audiência de custódia. A não observância dos prazos estipulados acarreta a ilegalidade da privação da liberdade e, nesse caso, deve ser imediatamente relaxada a prisão.

[8] Sobre o controle de convencionalidade, Nereu José Giacomolli observa: "Ademais do filtro constitucional das leis ordinárias, a incorporação dos diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos, independentemente de seu patamar (materialmente constitucionais - § 2º - ou material e formalmente constitucionais - § 3º), também exige a filtragem convencional de toda produção e aplicação legislativa interna (controle de convencionalidade)." (GIACOMOLLI, 2015, p. 26).

Após o início da Pandemia da COVID-19, foram suspensas as audiências de custódia no Brasil, inclusive por recomendação do CNJ. Tal suspensão se mostra incompatível com nossa ordem jurídica, já que o referido ato pré-processual constitui a concretização da garantia fundamental de apresentação da pessoa presa ao juiz, prevista em convenções internacionais. Uma resolução de tribunal não tem o condão de retirar a força normativa de um pacto internacional, sobretudo se o referido compromisso já foi incorporado ao Direito interno como norma supralegal, como ocorre nesse caso.

Caberia ao Poder Judiciário, nos casos concretos, por meio do controle de convencionalidade, declarar a incompatibilidade dos atos normativos que suspenderam as audiências de custódia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, determinando sua realização, de forma presencial, com as devidas cautelas. Não realizado o ato, deve ser declarada a ilegalidade da prisão, com seu imediato relaxamento.

Outro caminho seria a realização do ato por meio de videoconferência, o que não é o ideal, mas é muito melhor do que simplesmente deixar de praticá-lo, como vem acontecendo desde o início da pandemia.

Por fim, fica a advertência de que, mesmo diante da excepcionalidade da situação imposta pela crise sanitária, uma garantia fundamental não pode ser ignorada, principalmente quando envolve o direito fundamental de liberdade. Várias vozes se levantaram contra as restrições ao funcionamento de bares, restaurantes e shoppings, pois isso poderia prejudicar a economia, mas poucos questionaram a suspensão das audiências de custódia, o que demonstra de forma clara a escala de valores que rege atualmente nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP. Relator. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em 09/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 09/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 188.888/MG. Relator. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 de outubro de 2020. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5964648>. Acesso em 22/10/2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dezembro de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 592. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.> Acesso em 13/10/2020.

BRASIL. Decreto n. 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília, 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 13/10/2020

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Diário de Justiça Eletrônico/CNJ nº 1, Brasília, 08 de janeiro de 2016, p. 2-13. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 17/10/2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ** nº 65/2020, Brasília, 17 de março de 2020, p. 2-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 17/10/2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 68, de 17 de junho de 2020. Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ** nº 190/2020, Brasília, 19 de junho de 2020, p. 3-4. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364>. Acesso em 17/10/2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. **Diário de Justiça Eletrônico/CNJ** nº 247/2020, Brasília, 31 de julho de 2020, p. 2-7. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em 17/10/2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Coronavirus Resource Center, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 23/10/2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 5-17, 2014.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: D`Plácido, 2016.

MINAS GERAIS. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Tribunal de Justiça. Portaria Conjunta n. 949/PR/2020, de 17 de março de 2020. Disciplina a realização das audiências de custódia durante a vigência da situação de pandemia em relação ao novo Coronavírus. **Diário de Justiça Eletrônico**, Belo Horizonte, 17 de março de 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc09492020.pdf>. Acesso em 16/10/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro***.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforma a teoria dos jogos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da ; LOPES JR., Aury;. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). **Coluna Limite Penal do Site Conjur**. 20 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>. Acesso em: 13/10/2020.

# A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL NACIONAL

# THE INFLUENCE OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW IN THE NATIONAL PENALTY SYSTEM

Renata Pereira Mayrink[1]

**RESUMO:** A teoria do Direito Penal do inimigo preconiza uma diferenciação no tratamento dado pelo Estado aos cidadãos e aos inimigos quando cometem crimes, sendo possível tratar os hostis de forma mais severa e com flexibilização de garantias penais e processuais. O presente artigo visa demonstrar a influência do referido pensamento na legislação brasileira e na atuação dos órgãos judiciários, desconstruindo-se a imagem do Direito Penal como um ramo jurídico igual por excelência. Para tanto utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, analisando-se a produção doutrinária acerca do tema, além da legislação e jurisprudência nacional. Verificou-se que a definição da criminalidade como fenômeno concentrado principalmente nos estratos inferiores da sociedade influencia a atuação dos órgãos oficiais, que se tornam essencialmente seletivos e passam a perseguir os grupos marginalizados com maior rigor. Há, assim, uma contaminação, não só do ordenamento jurídico, mas de todo o sistema de criminalização, pelo Direito Penal do inimigo.

**Palavras-chave:** Direito Penal do inimigo. Seletividade penal. Lei de Drogas.

**ABSTRACT:** The enemy's Criminal Law theory advocates a differentiation in the treatment given by the State to citizens and enemies when both commit crimes, making it possible to treat hostiles more severely and with flexible criminal and procedural guarantees. This article aims to demonstrate the influence of that thought in the Brazilian criminal legislation and in the performance of

[1] Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-Graduada em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Público na linha Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda em Direito Público na linha Intervenção Penal e Garantismo na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito e Processo Penal no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte. Bolsista Capes. Advogada. E-mail: renatapmayrink@gmail.com

organs judicial bodies, deconstructing the image of Criminal Law as an equal legal branch par excellence. For this purpose, bibliographic research was used as methodology, analyzing the doctrinal production about the theme and the national legislation and jurisprudence. It was found that the definition of crime as a phenomenon mainly concentrated in the lower stratum of society, and therefore linked to personal and social factors linked to poverty, influences the performance of official bodies, which become essentially selective and start to pursue more marginalized groups. There is a contamination, not only of the legal system, but of the entire criminalization system, by the enemy's criminal law.

**Keywords:** Enemy's Criminal Law. Penal selectivity. Drug's Law.

## 1 INTRODUÇÃO

Com base na dicotomia levantada pela teoria contratualista de Hobbes, entre inimigos e cidadãos, a construção teórica chamada Direito Penal no inimigo, do autor Günther Jakobs, preconiza uma diferenciação no tratamento dado pelo Estado aos cidadãos e aos inimigos quando ambos cometem crimes.

Tal concepção preceitua que aos indivíduos que delinquem, em regra, é mantida a qualificação de cidadão e pessoa, aplicando-se aos mesmos o Direito Penal do cidadão com imposição de uma pena. Não obstante, há determinados sujeitos hostis que colocam em risco a segurança e paz social, o que faz com que precisem ser contidos levando consideração sua periculosidade, devendo ser a eles aplicadas sanções diferenciadas. O Direito Penal do inimigo, nesse contexto, consiste no direito do Estado de tomar as providências adequadas para garantir a segurança social, quaisquer que sejam elas, aplicando aos hostis, medidas de coação, controle e neutralização.

Ao longo dos anos a posição de inimigos sociais já foi ocupada por diversos grupos, mas no cenário do capitalismo globalizado, é essencialmente contra os pobres, negros e minorias vulneráveis que se voltam as políticas penais mais severas. O sistema de valores prevalente no sistema penal, visando proteger os interesses do sistema econômico vigente, se volta à criminalização das formas de desvio típicas dos grupos sociais indesejados, e os órgãos investigadores e judicantes têm sua atuação guiada por estereótipos e preconceitos que acentuam o caráter seletivo da intervenção penal.

Não obstante no Direito contemporâneo não haver a possibilidade da existência de ordenamentos diversos aplicáveis a diferentes grupos de indivíduos, há dispositivos legais que permitem a flexibilização sistemática de direitos e garantias penais e processuais penais quando os grupos marginalizados praticam infrações. Assim, apesar de ser uma ideologia amplamente rechaçada pela doutrina, é possível identificar influências da construção

teórica do Direito Penal do inimigo na legislação nacional, bem como na atuação dos órgãos que compõem o sistema penal.

Partindo de discursos amplamente disseminados que relacionam a criminalidade à pobreza e à marginalização, a distribuição de definições criminais se guia pela posição social dos acusados, desfavorecendo os indivíduos categorizados como indesejáveis. Essa segregação não está apenas em manifestações teóricas, podendo ser identificada na atuação concreta da justiça penal, o que se pretende demonstrar com o presente artigo.

Em um primeiro momento esclareceu-se o fundamento jusfilosófico que possibilitou a elaboração do Direito Penal do inimigo por Günther Jakobs e, em seguida, abordou-se a identidade dos inimigos sociais atuais. Por fim, demonstrou-se a influência da referida teoria no sistema penal brasileiro, e a importância dessa constatação para superação de um modelo penal seletivo.

Para o desenvolvimento do presente artigo foi feita uma análise doutrinária através de pesquisa bibliográfica, estudando-se conteúdos já produzidos acerca do tema de modo a levantar os fundamentos e conceitos básicos necessários à compreensão da teoria objeto da pesquisa. Em seguida, para verificação da influência do discurso da teoria estudada na realidade do sistema penal brasileiro, foi feito um levantamento das principais legislações criminais, e pesquisas jurisprudenciais, com objetivo de identificar esses pontos de interferência.

A exposição da influência de um discurso seletivo e preconceituoso no sistema penal nacional, revela a falsidade do mito da igualdade do Direito Penal, e com isso permite uma reflexão crítica acerca da construção desse sistema e dos valores que o guiam, com vista à sua superação.

## 2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O SISTEMA PENAL SELETIVO

Criada por Günther Jakobs, a teoria do Direito Penal do Inimigo propõe, em termos gerais, que o Estado deixa de considerar determinados indivíduos como cidadãos quando estes praticam crimes, tratando-os de forma diferenciada em virtude da necessidade de controle do perigo que representam à ordem social. Disso decorre a divisão da sociedade em dois grupos: o grupo dos indivíduos considerados como pessoas e cidadãos, aos quais se aplica o Direito Penal do cidadão; e o grupo das não-pessoas, ou dos inimigos, aos quais se aplicaria o Direito Penal do inimigo.

A despeito de ser uma teoria que vai de encontro a um Direito Penal de caráter democrático, diante de um movimento de expansão e recrudescimento da tutela punitiva de forma seletiva, levanta-se o questionamento sobre a existência de um corpo legislativo diferenciado aplicável a determinados

grupos hostis, ou se é possível, ao menos, identificar dispositivos e tendências jurisprudenciais que demonstrem a adoção do discurso teórico do Direito Penal do inimigo no sistema penal brasileiro.

## 2.1 Fundamento jusfilosófico hobbesiano e o Direito Penal do inimigo

Jakobs desenvolve a divisão entre Direito Penal ordinário e Direito Penal do inimigo a partir do entendimento de que nem todos aqueles que cometem crimes podem ser concebidos e devem ser tratados como cidadãos, e essa dicotomia é construída sobre o alicerce jusfilosófico da teoria do contrato social hobbesiana.

Segundo Thomas Hobbes o homem, em sua condição natural, viveria em uma constante disputa que possuiria três causas principais: a competição, a desconfiança e a glória. A primeira levaria os homens à guerra por quererem obter benefícios sobre os outros e subjugá-los, a segunda faria com que guerreassem para obter segurança e proteção, já a terceira geraria conflitos em virtude da necessidade defesa de suas reputações. Nesse estado de natureza haveria, portanto, uma guerra de "todos contra todos" (HOBBES, 2012, p. 104).

Segundo o Filósofo (2012, p. 108), o direito natural de cada um seria a possibilidade de utilizar-se dos meios necessários para garantir a sua sobrevivência, preservação e poder sobre todas as coisas, um direito, portanto, à liberdade, que levaria à guerra. Já a lei natural humana estabelecida pela razão, seria a proibição do ser humano em destruir a sua própria vida e privar-se dos meios necessários a preservá-la, sendo uma obrigação e devendo, para tanto, buscar a paz. Dessa forma, com a finalidade de cumprir essa lei fundamental, surgiria uma segunda lei: o dever do homem em renunciar o direito sobre todas as coisas e contentar-se com a mesma liberdade que permite aos demais, visando findar o estado de guerra e estabelecer a paz.

O que levaria o homem, portanto, para Hobbes, a fundar o Estado seria a preocupação com a manutenção de sua sobrevivência, que dependeria da extinção do estado natural de guerra e sua substituição por um ambiente pacífico.

> A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir pactos e observar as leis naturais, (...). (HOBBES, 2012, p. 136).

A transferência de força e poder a um homem, ou a uma assembleia, seria a forma de se instituir um poder comum, capaz de defender os homens das ameaças que lhes afligem no estado de natureza, tanto aquelas provenientes do estrangeiro, quando as ameaças internas, e assegurar a tão desejada e necessária paz. Essa transferência se daria através de um pacto no qual todos os homens desistiriam de se autogovernar, e transfeririam esse poder à autoridade por eles instituída, sendo essa a essência do Estado (HOBBES, 2012, p. 140).

Submetidos ao Estado instituído através do pacto social, os homens estariam obrigados a obedecer à legislação, de modo que o crime, para Hobbes (2012, p. 232), seria uma manifestação de desprezo pelo legislador, a violação de todas as leis a um só tempo. Para aqueles que cometessem um delito, seria cabível como consequência, a aplicação de uma pena, que consistiria em um dano previsto na legislação e imposto pela autoridade, com a finalidade de condicionar a vontade do criminoso à obediência às leis.

Os conceitos de crime e de pena de Hobbes, portanto, pressupõem a submissão do indivíduo às leis e ao Estado, pois o delito é justamente a violação da legislação a qual está reconhecidamente sujeito, e a pena é aplicada de acordo com o estabelecido no ordenamento pela autoridade pública instituída. Não poderia, portanto, segundo Hobbes, serem chamados de pena os danos aplicados àqueles indivíduos que são considerados inimigos, ou seja, as pessoas que nunca estiveram submetidas às leis (HOBBES, 2012, p. 249).

Como explica Hobbes (2012, p. 249-250), os inimigos negam o Estado, o poder da autoridade soberana, e o dever subordinação à legislação. Por não reconhecerem a validade do ordenamento jurídico, aos hostis não são aplicáveis as penas previstas no Direito em hipóteses de desvio, de modo que todos os danos que virem a sofrer não serão considerados pena, mas atos de hostilidade. Nesse contexto de afastamento da aplicabilidade da legislação ordinária, o soberano estaria autorizado a impor ao transgressor o dano que bem entendesse, sendo o mesmo penalizado como inimigo do Estado, e não como cidadão.

Os indivíduos, ao renunciarem a subordinação à legislação e ao próprio Estado, romperiam com o pacto social e regressariam ao estado de natureza, e, portanto, a um estado de guerra, o que permitiria à autoridade pública tratalo como inimigo que deve ser combatido.

> Por último, não podem ser chamados penas os danos infligidos a quem é considerado inimigo, uma vez que este nunca esteve sujeito à lei e, portanto, não poderia tê-la transgredido, ou, tendo permanecido sujeito a ela e declarado não querer mais estar, nega a si mesmo, por conseguinte, a possibilidade de transgredi-la, e todos os danos que vier a sofrer devem ser vistos como atos de hostilidade. Numa situação de hostilidade declarada, é legítimo infligir qualquer espécie

> de dano. Deduzimos daí que, se um súdito, por atos ou palavras, negar, deliberadamente, a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para traição), este pode, legalmente, fazê-lo sofrer o dano que bem entender. Negando a sujeição, o súdito negou as penas previstas pela lei, devendo, portanto, ser penalizado como inimigo do Estado, isto é, de acordo com a vontade do representante. As penas não são estabelecidas pela lei aos inimigos, mas para os súditos; se alguém passa a se considerar inimigo, da mesma forma como se tornou súdito por seus próprios atos, ao rebelar-se nega o poder soberano. (HOBBES, 2012, p. 249-250).

Com base na concepção apresentada, e compreendendo o Direito como um vínculo entre pessoas titulares de direitos e deveres, Jakobs (2006, p. 30-31), assim como Hobbes, tem consciência de que nem todos os que violam o ordenamento são considerados inimigos. Há, também para o Autor, um Direito Penal aplicável ao cidadão, e o fato de o mesmo ter praticado um delito transgredindo a legislação vigente, não lhe retira essa condição.

O Direito Penal do cidadão se incumbe, assim, de estabelecer e sancionar as infrações normativas que exprimem tão somente um abuso das relações sociais das quais participam os cidadãos. As infrações praticadas por esses sujeitos não colocam em risco a organização social em si, mas tão somente provocam uma perturbação desta ao questionarem a vigência das normas, sendo possível a reparação do dano causado (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 93).

O conceito de personalidade, para Jakobs, envolve uma construção normativa dos comportamentos que são esperados dos cidadãos. Não obstante, essa construção por si só não é capaz de tornar a personalidade real, dependendo do cumprimento, ao menos do que seja essencial, dessas expectativas que se dirigem ao indivíduo. Uma vez que se possa esperar daquele que cometeu a transgressão, uma atitude conforme o ordenamento, esse será tratado como pessoa e cidadão, e ser-lhe-á aplicável o Direito Penal ordinário (JAKOBS, 2006, p. 47). Ainda que viole a lei, o delinquente não deixa de ser considerado pessoa, sendo-lhe aplicável o Direito Penal do cidadão com observância de todas as suas garantias materiais e processuais.

Situação distinta, contudo, se refere aos sujeitos que praticam atos criminosos de rebelião, pois esses rompem com a ordem social, voltando ao estado de natureza e, por isso, devem ser punidos não como súditos, mas como inimigos ou não-pessoas (JAKOBS, 2006, p. 31).

Diferente dos cidadãos, os inimigos são indivíduos que com sua conduta, ou modo de vida, se desvinculam do Direito de um modo presumivelmente duradouro, e não apenas de uma maneira incidental, não sendo possível esperar que cumpram as normas sociais existentes. As atividades e ocupações desses sujeitos não são reconhecidas como legítimas e demonstram

o completo rompimento com as relações sociais e ordem jurídica vigente, demandando uma atuação do Estado no sentido de defender a integridade e a própria existência da sociedade.

O problema da insubordinação do inimigo às regras sociais não pode ser resolvido com o Direito Penal ordinário, cuja finalidade é a reafirmação do ordenamento jurídico violado, e por isso surge a necessidade de desenvolvimento de medidas diferenciadas de combate, que visem a exclusão e anulação do indivíduo hostil (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 97). Para Jakobs (2006, p. 33), o Direito Penal do inimigo não é entendido como vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, portanto, não é um Direito propriamente dito, mas sim a permissão dada ao Estado de tomar as medidas adequadas para garantir a segurança social, quaisquer que sejam elas.

A essência da diferenciação entre o inimigo e o cidadão, que permite dar àquele um tratamento diferente, consiste, desse modo, na negação de sua qualidade de pessoa e a consideração apenas sob o aspecto do perigo que representa à ordem social. Não sendo súdito, não há que se falar em dever de observância pelo Estado dos direitos e garantias individuais assegurados aos cidadãos.

> Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso, e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhes sejam reconhecidos. Não é a qualidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. (ZAFFARONI, 2014, p. 18)

Enquanto a coação aplicada em contrapartida ao crime possui, em regra, o significado de reafirmar a vigência da norma violada pelo delito. Cabe salientar que essa acepção apenas adquire sentido se a pena for aplicada aos cidadãos, que reconhecem as normas como válidas. Ao inimigo a coação aplicada apenas tem como finalidade o controle de sua periculosidade, pois nada adiantaria confirmar a vigência de uma norma ao indivíduo que não a reconhece como válida (JAKOBS, 2006, p. 25).

Nesta toada, a pena aplicável aos não-cidadãos não pretende ter uma significação, mas apenas exercer a segregação do inimigo, seu acautelamento, como forma de impedir que esse pratique delitos, ou novos delitos, que coloquem em risco a sociedade e a manutenção do sistema. Nesse sentido Jakobs (2006, p. 26) dispõe

> Portanto, no lugar de uma pessoa que é capaz e quem se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetiva: combate-se um perigo no lugar de se comunicar.

O Direito Penal do inimigo possui como características principais a punição pela periculosidade, e não pela culpabilidade; o foco na prevenção, e não na punição, coibindo condutas ainda que essas não sejam comprovadamente capazes de colocar em risco os bens protegidos; a ausência de proporcionalidade da pena em relação ao fato praticado; a visão do inimigo como um objeto de coação; e, por fim, a preferência de imposição de medidas de segurança (cautelares) ao invés de penas (GOULART, 2009, p. 979). Ademais, há uma renúncia ao dever de observância das garantias materiais e processuais reconhecidas e aplicáveis às situações de normalidade.

A dicotomia e o abismo construído entre o cidadão *versus* o inimigo, entre o eu e o outro, essa ideia de tratamento dos insubordinados e indisciplinados como não-pessoas pelo Direito Penal, não se manteve em um passado sombrio, mas está presente na contemporaneidade influenciando a elaboração da legislação penal, o direcionamento de políticas criminais e sociais, e a atuação de agentes do Estado.

Apesar de aos inimigos atuais ser também aplicável a legislação instituída, em virtude da consolidação do princípio da isonomia e da legalidade, é possível verificar a diferença de tratamento entre grupos sociais pelo sistema penal. Assim, não obstante ser uma teoria que merece amplamente rechaçada, pode-se reconhecer a existência de normas aplicáveis a inimigos no Direito Penal e Processual Penal da atualidade, o que vem sendo ocultado por discursos racionais de legitimação.

Há na legislação dispositivos que permitem a punição de indivíduos com base em um suposto perigo que eles representam, e não com base no fato que praticaram, e outros que revelam um movimento de antecipação, expansão e recrudescimento da intervenção punitiva em direção à criminalidade típica de alguns setores sociais. Apesar de hoje apenas se negar ao indivíduo hostil e perigoso o estritamente necessário para sua neutralização e controle (ZAFFARONI, 2014, P. 24), já que não há um ordenamento penal específico e separado, ao distinguir-se os cidadãos dos inimigos há uma privação destes de certos direitos e garantias fundamentais, e com isso há uma inegável quebra do Estado Democrático de Direito.

## 2.2 A punição dos miseráveis como inimigos

Com a transição de um Estado de bem-estar social a um Estado neoliberal nas últimas décadas, observou-se um recuo de diversas conquistas sociais

e uma diminuição da assistência do poder público à população marginalizada. Houve a substituição de um Estado-providência por um Estado-penal, e, à medida em que a assistência social retrocedeu, surgiu uma massa populacional desamparada, cuja necessidade de controle fez surgir um Estado-disciplinar (WACQUANT, 2003, p. 27).

> O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com consequentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de "flexibilizar" direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capas de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir aposentadorias e auxílios previdenciários; capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros; o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza. (BATISTA, 2003, p. 244)

Ao acúmulo de pessoas em situação de penúria nas ruas em decorrência do menor suporte estatal dado ao cidadão, o próprio Estado respondeu com o recrudescimento e expansão de suas ações repressivas, como uma forma de conter o perigo representado pelos indesejados, que não se encaixam, por não serem úteis, ao sistema econômico vigente. Em um contexto de crescimento progressivo do Estado-policial, "a criminalização da marginalidade e a 'contenção punitiva' das categorias deserdadas faz as vezes da política social" (WACQUANT, 2003, p. 19-20).

Como destaca Vera Regina Andrade (2012, p. 162)

> (...): os condicionamentos da expansão do controle penal, inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e na Europa, que se globaliza por uma espetacular operação de marketing ideológico), não residem na suposta expansão da criminalidade e/ou no medo por ela gerado (...), mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de "globalização", em especial na dualidade que caracterizo como "mercado onipresente e excludente versus Estado soberano, política e socialmente ausente", ambos amalgamados por uma cultura individualista radicalizada e amedrontada.

O grupo de indesejáveis que incomodam a sociedade e se acumulam nos bairros, precisa ser controlado, quando não exterminado da sociedade, para que essa se sinta higienizada e protegida do mal e do perigo que aqueles representam. Nesse ponto, o Direito Penal passa a ser não apenas uma forma de controle da criminalidade, mas um poderoso instrumento de controle

social, anulando e isolando um setor da população através de medidas de expansão e antecipação da tutela punitiva, redução de garantias penais e processuais penais, e, sobretudo, de hiperencarceramento, em um processo de criminalização e neutralização das consequências da miséria.

O que se percebe, é que a ideia de inimigo é transportada aos dias atuais, fazendo com que exista uma forma de repressão dos crimes cometidos pelos cidadãos, e outra forma mais severa de intervenção penal aplicável àqueles que são classificados como inimigos. No contexto do capitalismo globalizado, é essencialmente contra os pobres, negros e minorias vulneráveis que se voltam as políticas penais, pois são vistos como grupos férteis para disseminação da criminalidade das ruas, retratada como a grande causadora da insegurança na população, e por isso devem controlados e vigiados em virtude do perigo em potencial que representam.

> Nos Estados Unidos os inimigos são agora os imigrantes, os deslocados, os mexicanos, os latinos etc.; na Europa são os islâmicos, os refugiados, os imigrantes e, em nossa periferia, os adolescentes de bairros precários, os povos originários e os imigrantes de outros países latino-americanos. Em geral, o totalitarismo financeiro, mediante seus monopólios midiáticos, não faz nada mais que reinventar as táticas de seus ancestrais genocidas, gerando um maniqueísmo ideológico criador de inimigos e bodes expiatórios na mais pura linha de Carl Schmitt. (ZAFFARONI, 2019, p. 123, tradução nossa)[2].

Em uma sociedade capitalista profundamente desigual e instável, valendo-se de uma falsa imagem da questão criminal, as instâncias de controle social disseminam o medo e a insegurança através de abordagens sensacionalistas e simplistas do fenômeno criminal, apelando a uma dicotomia entre bem e o mal e explorando a reação emotiva em relação ao delito. Essa manipulação tem a finalidade de alcançar consenso ou apoio popular para expansão do poder punitivo em direção a grupos específicos da população, que são retratados como indisciplinados, insubordinados e responsáveis pela violência cotidiana[3].

---

[2] "En Estados Unidos los enemigos son ahora los inmigrantes, los desplazados, los mexicanos, los latinos, etc.; en Europa los islámicos, los refugiados, los inmigrantes y, em nuestra periferia, los adolescentes de barrios precarios, los pueblos originarios y los inmigrantes de otros países latinoamericanos. En general, el totalitarismo financiero, mediante sus monopolios mediáticos, no hace más que reinventar la táctica de sus ancestros genocida, generando un *maniqueísmo ideológico* creador de enemigos y chivos expiatorios en la más pura línea de Carl Schmitt" (ZAFFARONI, 2019, p. 123).

[3] (...) a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais.

O discurso público teatral que prega a emergência do combate à criminalidade dos indesejados como forma de solução dos problemas sociais, invoca a necessidade de medidas de urgência para neutralizar o mal que esses grupos representam. Contra o perigo iminente e crescente, impõe-se a necessidade da adoção de uma postura de guerra do Estado frente aos inimigos.

Com a crise do Estado Social e a consequência que essa trouxe de aumento dos níveis de miséria, o Direito Penal passa a ser usado de forma simbólica, ou seja, apesar de se proclamar defensor de bens jurídicos essenciais, passa a ser usado com fins diversos, e, na atualidade, justamente com a finalidade de combater, controlar e anular os grupos marginalizados. Conforme destaca Loic Wacquant (2003, p. 68) o encarceramento serve em primeiro lugar para governar uma ralé que incomoda, bem mais do que para combater os chamados crimes de sangue, alimentando uma cultura do medo em relação aos pobres.

Um olhar crítico em torno do discurso punitivista atual, possibilita perceber que seus ideais não se voltam apenas para a expansão da cultura punitiva, que por si só já seria preocupante. Há que se ir além, e constatar que por trás desse discurso há também uma ideologia de imposição de disciplina e controle daqueles que não se ajustam ao modelo capitalista ideal, malgrado haver a crença em um Direito Penal isonômico, o que geraria a pacificação do conflito social gerado pelo próprio sistema econômico e modelo estatal neoliberal, que, por sua vez, mantém a ordem social desigual.

> O inchamento explosivo da população carcerária, o recurso maciço às formas mais variadas de pré e pós-detenção, a eliminação dos programas de trabalho e de educação no interior das penitenciárias, a multiplicação dos instrumentos de vigilância tanto a montante quanto a jusante da cadeia carcerária: a nova penalogia que vem se instalando não tem por objetivo "reabilitar" os criminosos, mas sim "gerenciar custos e controlar populações perigosas" (Feeley e Simin, 1992: 466) e, na falta disso, estoca-los em separado para remediar a incúria dos serviços sociais que não se mostram nem desejosos nem capazes de toma-los sob sua responsabilidade. (WACQUANT, 2003, p. 32).

Segundo destaca Alessandro Baratta (2014, p. 106), se observarmos o fenômeno da seleção da população criminosa em uma perspectiva macrossociológica da interação, e das relações de poder, entre os grupos sociais, será

São anônimos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada" (ZAFFARONI, 2014, p. 72).

possível perceber que os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de dominância que geram uma desigual distribuição de bens, oportunidades e privilégios entre os indivíduos, também atuarão para uma seletiva escolha da população carcerária nos países capitalistas avançados, de modo que a maioria desse grupo será recrutada entre a classe operária e economicamente mais débil.

Em relação à escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, em respeito ao seu caráter fragmentário, sugere-se que este ramo jurídico serve à proteção dos bens jurídicos mais importantes à humanidade. No entanto, deve-se superar esse olhar baseado na importância inata dos bens protegidos, e entender que essa ideologia cobre o fato de que o Direito Penal tende a privilegiar a proteção de interesses caros aos sistema capitalista e às classes dominantes, dirigindo seu processo de criminalização às formas de desvio típicas dos marginalizados e às condutas perigosas ao processo de acumulação de capital.

Ademais, no processo de seleção dos indivíduos que irão responder pelos crimes praticados, dentre os inúmeros agentes que cometem crimes todos os dias, irão fazer parte da população criminosa preferencialmente pessoas pertencentes aos níveis mais baixos da escala social. A baixa escolarização, desemprego e defeitos na organização familiar, que são características dos indivíduos dessas classes sociais mais vulneráveis, passam a ser disseminados como as grandes causas da criminalidade (BARATTA, 2014, p. 165).

Destarte, a concepção do Direito Penal do inimigo não é meramente teórica, o eco do discurso expansionista e segregador ressoa em todo o conjunto de valores do sistema penal, que se torna visivelmente seletivo. Não apenas a seleção criminalizadora dos legisladores volta a sua atenção às formas de desvio típicas das classes indesejadas, mas também a atuação daqueles que compõem o referido sistema é marcada por preconceitos e estereótipos negativos que condicionam a aplicação desigual das normas penais.

## 2.3 A persistência do Direito Penal do inimigo no sistema penal brasileiro

De acordo com Jakobs (2006, p. 48), é possível a convivência em um mesmo sistema penal de normas do Direito Penal do cidadão, e outras que visem prevenir riscos futuros representados pelos inimigos, convivendo, assim, com normas do Direito Penal do inimigo. Não obstante, para o Autor, deve haver uma diferenciação nítida entre ambos os sistemas, pois a introdução de fragmentos de Direito Penal do inimigo no Direito Penal ordinário seria uma violação ao Estado Democrático de Direito, já que permitiria tratar o cidadão

como se inimigo fosse, aplicando-lhe medidas de controle e contenção que não se justificam.

A despeito da advertência feita por Jakobs acerca da interseção de ambos os sistemas criminais, o fato de o Brasil se intitular expressamente no artigo 1º da Constituição da República (BRASIL, 2020) um Estado Democrático de Direito, não tem impedido que medidas típicas do Direito Penal do inimigo venham sendo adotadas no cotidiano forense e legislativo nacional.

A influência da construção teórica do Direito Penal do inimigo no sistema penal brasileiro, acaba por torna-lo incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito. Toda vez que o Direito Penal se volta a combater e controlar determinados grupos sociais, abandona o Direito Penal do fato, e se converte em Direito Penal do autor de tendência essencialmente autoritária (CRESPO, 2004, p. 90). Apesar de estar-se diante de um contexto liberal, de menor ingerência do poder público na esfera privada, há uma ampliação da intervenção estatal penal em setores específicos da sociedade.

A ação discriminante dos órgãos judiciais é influenciada pela dicotomia entre inimigos e cidadãos, fazendo com que apliquem de forma mais severa as normas penais aos inimigos sociais, ainda que esses estejam em posição fática semelhante aos cidadãos comuns. Isso ocorre em virtude do dever que lhes é imposto de proteger a coletividade do perigo que os indisciplinados e insubordinados representam à paz social. Conforme destaca Alessandro Baratta (2014, p. 177-178).

> Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressente, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dor indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.

Como exemplo da influência da construção teórica de Jakobs na legislação pátria, pode-se citar a Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006, que define os crimes de tráfico de drogas (artigo 33) e porte de drogas para consumo pessoal (artigo 28). Não há um parâmetro objetivo legalmente

definido para diferenciar as condutas, de modo que, segundo o artigo 28, §2º do referido diploma legal, o juiz deve, para determinar se a droga destinava a consumo pessoal ou ao tráfico, atender "à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente" (BRASIL, 2019).

Merece destaque, dentre os elementos elencados pelo legislador, o dever de observância pelo juiz das circunstâncias pessoais do agente, bem como seus antecedentes, na tarefa de classificação da conduta do mesmo. Tais características subjetivas que devem ser averiguadas pelo magistrado, demonstram a existência de uma abertura legislativa à análise de características do indivíduo que praticou injusto penal, do autor, quando o que deveria ser objeto de julgamento é o fato ocorrido, permitindo a influência de preconceitos e pré-compreensões estereotipadas na decisão.

A possibilidade de enquadrar-se uma conduta em crimes diversos em razão das qualidades pessoais daquele a quem se imputa o fato, é uma evidente influência do Direito Penal do inimigo, pois leva em consideração o indivíduo que está sendo julgado para determinar se a norma a ele aplicável será mais ou menos severa. Permite-se, desse modo, que preconceitos e estigmas guiem a ação dos órgãos judicantes, os levando a procurar e imputar a criminalidade grave aos estratos sociais nos quais previamente se espera encontrá-la (BARATTA, 2014, p. 176).

Um levantamento feito pela agência Pública (DOMENICI; BARCELOS, 2019) em mais de 20 mil sentenças de primeiro grau envolvendo tráfico de drogas, das comarcas da justiça estadual de São Paulo, revelou a diferença de tratamento entre negros e brancos pelos magistrados paulistas ao classificarem as condutas como tráfico de drogas ou porte de drogas para consumo próprio.

Segundo a pesquisa, nos processos envolvendo apreensões de até 25 gramas de maconha, 66% dos acusados negros foram condenados por tráfico de drogas, ao passo que apenas 43% dos acusados brancos obtiveram o mesmo resultado. Ademais, conforme mostrou o levantamento, apenas 15% dos negros foram beneficiados com a desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, ao passo dentre os acusados brancos esse número sobe para que 38% (DOMENICI; BARCELOS, 2019).

Os dados levantados pela Pública confirmam que, ao se permitir a consideração de circunstâncias pessoais do acusado no julgamento, os magistrados acabam sendo influenciados, ainda que de forma inconsciente, por rótulos, preconceitos, e teorias do senso comum na aplicação jurisprudencial da lei penal, o que os leva a apreciarem o fato de forma diversa conforme a posição social do agente, e a julgarem com maior severidade indivíduos marginalizados, selecionados como inimigos sociais.

Trata-se de uma evidência de que a lógica do Direito Penal do inimigo imaginada por Jakobs pode verdadeiramente ser encontrada não apenas na legislação brasileira, que possibilita uma ruptura da igualdade quando permite tratamento diferenciados a depender das características pessoais; mas também na atuação dos órgãos de julgamento nacionais, que tendem a ser mais severos quando estão diante de indivíduos pertencentes a grupos excluídos.

A definição da criminalidade como um fenômeno concentrado principalmente nos estratos inferiores da sociedade, e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais associados à pobreza, influencia não apenas o imaginário da população, mas também a atuação dos órgãos oficiais, que se tornam essencialmente seletivos e passam a perseguir os marginalizados com maior rigor. Há uma contaminação, do ordenamento jurídico, e de todo o sistema de criminalização, pelo Direito Penal do inimigo.

Não podendo haver dois sistemas criminais em nosso ordenamento, e a negação do status de pessoa a indivíduos, o que se percebe, então, é que grupos sociais passam a ser combatidos dentro do Direito Penal ordinário, que se torna permeado de previsões específicas que permitem violações sistemáticas de direitos e garantias, sob a justificativa da urgente necessidade de controle e repressão dos riscos representados pelos falsos inimigos. Provoca-se uma fissura no ordenamento nacional estruturado em torno dos valores constitucionais, para possibilitar uma "suspensão" do direito diante da guerra.

A idealização de que o Direito Penal protege os bens naturalmente mais importantes para a sociedade em geral, e que serve para combater a criminalidade praticada pela comunidade como um todo, é aos poucos desconstruída ao verificarmos que o sistema é essencialmente seletivo e se volta, de forma primordial, ao controle e neutralização de alguns. Essa verificação permite desnudar os discursos oficiais e midiáticos, e escancarar a desigualdade e seletividade presente nesse ramo do Direito, que passa a ser usado, sobretudo, como instrumento de controle social.

A partir do momento em que desconstruímos o mito da igualdade no Direito Penal, passamos a assumir, conforme resume Alessandro Baratta (2014, p. 162), que

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
>
> b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
>
> c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das

> infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

A adoção de medidas típicas de um Direito Penal do inimigo não é uma exclusividade de determinadas ideologias e sistemas políticos. Somente a partir do reconhecimento da utilização, ainda que inconsciente, do sistema penal para anulação de determinados grupos sociais, revelando uma desigualdade substancial no Direito Penal, é que se torna possível uma mudança de paradigma da forma como as instâncias de controle encaram os desvios.

Uma análise crítica capaz de identificar as heranças da teoria de Jakobs no âmbito criminal, abre espaço para a criação de políticas criminais alternativas que sejam capazes verdadeiramente de compreender a realidade valorativa do sistema penal e propor mecanismos de intervenção diferentes, retirando-se a venda construída por sedutores discursos punitivistas.

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com suporte filosófico na teoria do contrato social hobbesiana e, adotando um conceito normativo de pessoa, Jakobs separou os cidadãos dos inimigos. Aqueles, os súditos, seriam indivíduos cujas ações estariam vinculadas a um dever, sendo os mesmos capazes de orientar as suas condutas e cumprir as expectativas de comportamento social. Já os hostis, seriam os sujeitos que, por não reconhecerem as normas sociais como válidas, não seguem suas orientações, rompendo com o pacto social. Assim, na medida em que os inimigos não seriam dotados de personalidade, a eles não se aplicaria o Direito vigente, e essa exclusão do indivíduo perigoso permitiu o desenvolvimento da tese do Direito Penal do inimigo.

A posição de inimigos sociais já foi ocupada por diversas classes, e atualmente pode-se dizer que tal grupo é composto por todos aqueles que não se encaixam nas expectativas de comportamento do sistema econômico dominante, o sistema capitalista. Desse modo, o conjunto de valores prevalente no sistema penal, visando proteger os interesses caros à estrutura social, se volta à neutralização e controle dos grupos pobres e marginalizados, utilizando a intervenção penal muito mais como instrumento de controle social, do que como meio de contenção da criminalidade.

A concepção inicial do Direito Penal do inimigo implicaria na segregação deste do Direito Penal do cidadão, alterando-se o *modus operandi* da intervenção punitiva ordinária, com a finalidade de combate ao inimigo. Não obstante no Direito contemporâneo não ser admissível a existência de ordenamentos diversos aplicáveis a diferentes grupos, é possível perceber a influência da

construção teórica de Jakobs na legislação nacional e na atuação dos órgãos judiciários.

Nesse contexto, lamentavelmente a referida concepção acerca do Direito aplicável ao inimigo não é apenas teórica, mas efetivamente existente no ordenamento e prática jurídica nacional. Há uma quebra do Estado Democrático de Direito no Brasil a partir do momento em que o sistema penal passa a funcionar sob a lógica do Direito Penal do inimigo, e embora se dissemine a imagem de ser o Direito Penal um ramo jurídico igualitário por excelência, partindo da análise do texto legal e de estatísticas jurisprudenciais, pôde-se perceber que sua atuação é essencialmente seletiva.

Assim, a despeito de não se admitir explicitamente a existência de um complexo de normas excludentes aos hostis, informalmente é possível perceber que os valores implícitos, que guiam a construção do ordenamento jurídico e direcionam os julgamentos, sustentam a violação de garantias penais e processuais penais, além da expansão e recrudescimento da tutela punitiva, quando se está diante dos inimigos coletivos.

O reconhecimento da contaminação do sistema penal pelo Direito penal do inimigo é medida que se impõe, sendo o primeiro passo na direção da criação de políticas criminais alternativas, que resistam aos discursos hegemônicos, desconstruam a imagem do inimigo e eliminem práticas excludentes e seletivas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, 42 Esp, p. 242-263, jan./mar.. 2003. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=43410. Acesso em: 30 jun. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 2ª reimpressão, out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de

drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.. ANGHER, Anne Joyce (Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. 28. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. **Revista de derecho penal y criminología**: Espanha, Madrid, 2ª época, n. 14, p. 87-115, jul.. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=72272. Acesso em: 28 jul. 2020.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS Iuri. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. mai. 2019. Disponível em: https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/. Acesso em: 04 ago. 2020.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo". **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 87-150, 2005. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76019. Acesso em: 5 ago. 2020.

GOULART, Valéria D. Scarance F. "Indignidade" da "pessoa" humana, direito penal do inimigo e aspectos correlatos. In: **TRATADO luso-brasileiro da dignidade humana**. Coordenação de Jorge MIRANDA, Marco Antonio Marques da SILVA. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 975-987. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80921. Acesso em: 4 ago. 2020.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JABOKS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 2ª reimpressão, set. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DIAS DOS SANTOS, Ilíson. **La nueva crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2019.

# A PARTICIPAÇÃO DE ATORES NÃO ESTATAIS NO MECANISMO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL: uma Análise das Revisões sobre o Brasil

# THE PARTICIPATION OF STAKEHOLDERS IN THE MECHANISM OF THE UNIVERSAL PERIODIC REVIEW MECHANISM: an Analysis of the Revisions on Brazil

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves[1]

**RESUMO:** Este artigo aborda dois elementos fundamentais para o fortalecimento da democracia e a concretização dos direitos humanos, quais sejam os mecanismos de monitoramento de direitos humanos e a participação popular nesses mecanismos. Especificamente, trata da Revisão Periódica Universal e as críticas que a ela vêm sendo dirigidas, sobretudo com relação aos fenômenos do regionalismo, da politização e do ritualismo. Em vista desses problemas, objetiva-se verificar a atuação de atores não estatais no mecanismo de modo a contribuir com a ascensão de sua efetividade. Diante dos resultados concebidos através da análise de literatura e dos documentos relativos à RPU, a hipótese de que os atores contribuem para a maior efetividade do mecanismo é confirmada. Em conclusão, propõe-se a atribuição de maior protagonismo aos atores não estatais, invertendo a lógica de presunção de confiabilidade das informações prestadas pelos Estados em detrimento das informações de outros atores.

**Palavras-chave**: Atores não estatais. Direitos humanos. Revisão periódica universal.

[1] Mestre e doutorando em direito internacional pela PUC-MG. Bolsista da Capes. E-mail: apbaetan@gmail.com

**ABSTRACT:** This paper addresses two fundamental elements for the strengthening of democracy and the realization of human rights, namely the mechanisms for monitoring human rights and popular participation in these mechanisms. Specifically, it deals with the Universal Periodic Review and the criticisms that have been directed to it, principally in relation to the phenomena of regionalism, politicization and ritualism. In view of these problems, the objective is to verify the performance of stakeholders in the mechanism in order to contribute to the increase of its effectiveness. Given the results conceived through the analyses of literature and documents related to the UPR, the hypothesis that stakeholders contribute to the greater effectiveness of the mechanism is confirmed. In conclusion, it is proposed to assign larger prominence to stakeholders, inverting the logic of presumption of reliability of information provided by States at the expense of information from others actors.

**Keywords:** Stakeholders. Human rights. Universal periodic review.

## 1 INTRODUÇÃO

As pertinentes discussões sobre o significado que termos plurívocos como democracia e direitos humanos carregam são ainda mais relevantes sob a ótica internacionalista. Conforme a prática tem demonstrado, o uso desses termos pode se dar tanto como busca de legitimação de atos intervencionistas, quanto como importante instrumento para a redução das desigualdades e para a melhora das condições de vida das pessoas.

Tendo isso em mente, ao se considerar a íntima relação entre democracia e direitos humanos, bem como os desafios existentes no que diz respeito à efetivação e ampliação desses direitos como garantias e ferramentas para o fortalecimento da democracia, esta pesquisa tem como objeto dois elementos que lhes são fundamentais: os mecanismos de monitoramento de direitos humanos e a participação popular nesses mecanismos.

Especificamente, este trabalho enfoca sobre as atividades desenvolvidas no âmbito da Revisão Periódica Universal (RPU), criada em 2008, como principal mecanismo do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para a promoção e proteção dos direitos humanos. Essa pesquisa se justifica porque, apesar do otimismo ensejado pela sua criação como alternativa à superação dos problemas enfrentados pela extinta Comissão de Direitos Humanos, com pouco mais de uma década de funcionamento, o sistema da RPU passa a se deparar com algumas críticas, principalmente relacionadas à sua capacidade de superação dos antigos problemas do sistema universal de direitos humanos e à sua efetividade.

Além dos fenômenos já conhecidos desde as atividades da Comissão sobre o regionalismo e a politização, dá-se destaque ao fenômeno do ritualismo que tem se imbuído nas atividades da RPU, ameaçando a sua credibilidade. Nesse contexto, esta pesquisa busca identificar nos três ciclos de revisão sobre o Brasil a presença desses elementos que tem ensejado críticas e minado a efetividade do mecanismo.

Aliado a isso, tendo em vista a relação entre o caráter intergovernamental da RPU, a possibilidade restrita de participação de atores não estatais, e a consequência do ritualismo, objetiva-se verificar as contribuições desses atores na promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito desse mecanismo de revisão. Para tanto, são consideradas as prescrições normativas sobre o procedimento e as suas principais características principiológicas, com o fim de se avaliar a hipótese de que uma maior participação desses atores contribuiria com a maior eficiência da RPU.

Enfim, metodologicamente, esta pesquisa é classificada como jurídico-exploratória. Quanto aos métodos técnicos, utiliza-se de material bibliográfico, bem como da análise dos documentos autênticos relativos à RPU e outros correlatos, priorizando-se a coleta e a interpretação dos dados concernentes aos três ciclos de avaliações pelos quais o Brasil passou.

## 2 A REFORMA DO SISTEMA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E A CRIAÇÃO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

Em 2006, como reação às críticas dirigidas à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, o sistema global de direitos humanos passou por uma reforma que levou à criação do Conselho de Direitos Humanos, agora órgão subsidiário da Assembleia Geral.

Pela mesma Resolução n. 60/251 da Assembleia Geral que criava o Conselho, foi-lhe prescrita a tarefa de criar um mecanismo de revisão periódica universal, conforme parágrafo 5º, alínea e, o que veio a ocorrer em 2007, com a edição da Resolução n. 5/1 do Conselho.

Nessa esteira, o mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU) surge como um dos principais instrumentos para se superar as críticas dirigidas à Comissão, sobretudo no que se refere à politização e seletividade na atuação deste órgão que acabou por ensejar um descrédito que ameaçava alcançar todo o sistema universal de direitos humanos (ALSTON, 2006; BERTOTTI, 2019; SHORT, 2009; SILVA, 2013; VENGOECHEA-BARRIOS, 2008).

No entanto, se de um lado a RPU foi forjada como um dos principais instrumentos na tentativa de se superar os problemas que acometiam a Comissão, de outro, surgia o problema da concorrência deste mecanismo e o mecanismo extra-convencional, de competência dos Comitês de Tratados

(*treaty bodies*). Isso porque, em termos de procedimento funcional, ambos os sistemas tomam como base de análise as informações prestadas pelos próprios Estados sobre a situação dos direitos humanos sob sua jurisdição, através de relatórios, em cujas conclusões são elaboradas recomendações com os fins de se aprimorar a promoção e a proteção desses direitos no território do Estado em questão (CARRARO, 2019). Por essa razão, a Resolução 60/251, de 2006, já indicava a necessidade de que o mecanismo da RPU fosse criado de forma a não duplicar as funções dos Comitês de Tratados, mas que lhe fosse complementar.

Os principais desafios a serem superados pela RPU, contudo, referiam-se aos problemas que acometiam os mecanismos de monitoramento extra-convencionais, a cargo da extinta Comissão de Direitos Humanos.

A principal crítica a este órgão dizia respeito a sua politização. Embora esse termo possua diversos significados conforme a autoria da crítica, este deve ser entendido principalmente como o "[...] excesso de interferência política na tomada de decisões" (SILVA, 2013, p. 103), cuja maior consequência foi a instituição de um sistema seletivo. (ABEBE, 2009; RAMOS, 2016).

O problema da seletividade teria origens na própria natureza intergovernamental do órgão e nas formas da eleição de seus membros, além da ausência da previsão de um mecanismo universal de revisão. Nesse sentido, existia um argumento crítico liderado pelos Estados Unidos com relação à composição da Comissão por Estados que persistentemente violavam direitos humanos, tornando-se ainda mais contundente com a derrota da candidatura estadunidense, e a escolha da Líbia para a presidência em 2003, e com a eleição do Sudão, em 2004 (DOMÍNGUEZ REDONDO, 2008, p. 722; RAMOS, 2016, p. 117; VENGOECHEA-BARRIOS, 2008, p. 104).

Outro argumento, de liderança dos países em desenvolvimento, dizia respeito a certa imunidade ostentada pelos Estados membros da Comissão, cujas violações cometidas jamais seriam objeto de análise e repúdio, enquanto outros Estados seriam persistentemente criticados (DOMÍNGUEZ REDONDO, 2008, p. 722-723). Nos dizeres de Katherine Short (2008, p. 177) "[...] Estados buscavam a condição de membro como um escudo contra críticas, ou então como permissão para criticar outros por razões politicamente motivadas".

A tudo isso se acrescenta o fato de que os procedimentos especiais, um dos principais mecanismos de monitoramento da Comissão, com fundamento nas Resoluções 1235 e 1503 do Conselho Econômico e Social, "[...] eram alvo de intensa crítica [...]", porque "[...] as escolhas de países e a aprovação de resoluções condenatórias [...] respondia a uma lógica arbitrária e mascarava interesses geopolíticos, associados à capacidade de articulação internacional, poder econômico, militar [...] entre outros fatores de poder" (RAMOS, 2016, p. 120).

Tudo isso levou à perda de credibilidade e legitimidade da Comissão, o que ensejou a reforma de 2006, quando a Assembleia Geral criou o Conselho de Direitos Humanos para substituir a Comissão, através da Resolução n. 60/251.

Os objetos de discussões que antecederam a criação do Conselho de Direitos Humanos foram vários, mas, certo é que havia um paradigma problemático a ser superado, sobretudo no que se refere à politização e à seletividade da Comissão. Havia, então, um desafio de se criar um órgão que equilibrasse a sua competência imbuída de autoridade em matéria de direitos humanos, de um lado, e que fosse, ao mesmo tempo, um órgão que fomentasse a cooperação entre os Estados e a própria ONU. Os Estados africanos, por exemplo, e em reação ao histórico de seletividade da Comissão, manifestavam o desejo de que se constituísse um mecanismo de revisão menos condenatório e mais cooperativo, que servisse como fórum de encorajamento aos Estados para implementar as normas de direitos humanos. (ABEBE, 2009, p. 31).

Portanto, o delineamento da competência do Conselho e suas inovações, dentre as quais a RPU, decorrem da tentativa da superação dos problemas acima apresentados.

## 3 ESTRUTURA E PROCEDIMENTO DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

Pelo ensejo dessas reformas, autorizado pela Resolução n. 60/251 da Assembleia Geral, de 2006, o Conselho de Direitos Humanos cria o mecanismo da Revisão Periódica Universal (RPU), através da Resolução n. 5/1, de junho de 2007. Os trabalhos do primeiro ciclo de revisão tiveram início em abril de 2008, cuja primeira sessão foi destinada à revisão de 16 Estados, dentre os quais o Brasil, e encerrou-se, formalmente, em 2011. Em decorrência das experiências do primeiro ciclo, passaram ainda a compor o quadro normativo deste mecanismo, a Resolução do Conselho 16/21 e a Decisão 17/119, respectivamente de abril e julho de 2011, que promoveram as modificações necessárias para os ciclos subsequentes. (UN, 2020a).

Segundo é determinado pelo texto da Resolução n. 60/251 da Assembleia Geral (UN, 2006, tradução nossa), é dever do Conselho de Direitos Humanos:

> Empreender uma revisão periódica universal, embasada em informações objetivas e confiáveis, do cumprimento por cada Estado de suas obrigações e compromissos sobre direitos humanos de modo a garantir a universalidade de cobertura e igual tratamento com respeito a todos os Estados; a revisão deve ser um mecanismo cooperativo, baseada em um diálogo interativo, com total envolvimento do país em questão e considerando suas necessidades de capacitação; tal mecanismo deve complementar e não duplicar o trabalho dos Comitês dos tratados [...].

Portanto, os conceitos-chave sobre os quais a RPU se erige referem-se à igualdade e universalidade no tratamento dos Estados, à cooperação e ao diálogo interativo, e à não duplicação de funções no que diz respeito à atuação de outros órgãos de monitoramento de direitos humanos do sistema universal. É possível perceber que esses princípios que dão forma e orientam todo o procedimento estão ligados à tentativa da superação dos problemas e das críticas que vinham sendo dirigidas à Comissão de Direitos Humanos, sobretudo no que se refere à seletividade e politização. Ademais, em atenção ao mandamento da não duplicação, a RPU possui um caráter distinto dos Comitês dos Tratados – órgãos técnicos de avaliação de cumprimento dos direitos humanos que compõem o chamado mecanismo convencional – ao instituir um procedimento de avaliação prioritariamente interestatal ou ainda intergovernamental.

Esses pilares que moldam o sistema da RPU são reiterados pelos parágrafos 3º e 4º da Resolução 5/1, de 2007, que dispõem sobre os princípios e objetivos do mecanismo respectivamente. Deste modo, aliados aos princípios acima indicados, a Resolução 5/1, de 2007, ainda determina que o procedimento da RPU não deve gerar demasiada onerosidade aos Estados e ao Conselho, tanto no aspecto financeiro, quanto nos aspectos de tempo e recursos humanos. Enfim, há de se ressaltar os mandamentos da alínea m do parágrafo 3º e da alínea f do parágrafo 4º, que dispõem sobre a participação da sociedade civil, das instituições nacionais de direitos humanos e outros órgãos internacionais sobre direitos humanos (UN, 2007a).

No que se refere à base normativa, a Resolução n. 5/1, de 2007, indica que serão consideradas as obrigações e compromissos de direitos humanos estipulados pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Estado sob revisão é parte e os compromissos voluntariamente assumidos pelo Estado, incluindo-se aqueles apresentados quando da candidatura para sua eleição como membro do Conselho de Direitos Humanos (UN, 2007a).

Por razão desse dispositivo, Etone (2019) destaca a universalidade do mecanismo da RPU, que para além de instituir a revisão de todos os Estados membros das Nações Unidas, e diferentemente dos Comitês de Tratados, a RPU tem como objeto normativo de revisão todas as normas de direitos humanos que obrigam o Estado em questão, incluindo-se, normas de direito internacional humanitário, conforme previsão do parágrafo 2º da Resolução 5/1.

Tendo em vista essas disposições, o Conselho de Direitos Humanos instituiu um procedimento de revisão que pode ser dividido em três fases[2]:

[2] De maneira um pouco distinta, Bashahider (2020) desmembra a segunda fase, relativa à revisão em sentido estrito, e, portanto, indica a existência de quatro fases.

a) fase preparatória, compreendendo a coleta de dados e a elaboração dos relatórios sobre a situação dos direitos humanos no Estado sob revisão; b) a revisão em sentido estrito referente ao procedimento conduzido pelos Grupos de Trabalho da RPU no âmbito do Conselho de Direitos Humanos quando ocorre o diálogo interativo e a formulação de recomendações; c) a fase de implementação e de monitoramento, incluindo-se a elaboração e o envio dos relatórios de meio período (ETONE, 2019; SVENSSON, 2015).

A situação de promoção e proteção dos direitos humanos no Estado sob revisão é avaliada a partir das informações prestadas por meio de três relatórios. O primeiro deles é produzido pelo próprio Estado em questão, devendo-se observar o disposto no parágrafo 15, alínea a da Resolução 5/1, de 2007 (UN, 2007a), bem como as diretrizes instituídas pela Decisão 6/102, também de 2007 (UN, 2007b), quanto ao formato do relatório e a metodologia para sua elaboração. A justificativa de se instituir um padrão para a construção dos relatórios estatais está ligada ao objetivo de não gerar demasiada onerosidade ao sistema e à igualdade entre Estados. Quanto à exigência da indicação da metodologia, a justificativa se relaciona ao objetivo de se trabalhar com informações confiáveis, incluindo-se, ademais, a apresentação dos meios utilizados para que fosse possível a participação da sociedade civil na elaboração do relatório estatal.

Os outros dois relatórios consistem nas informações compiladas pelo Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos, provenientes, de um lado, dos órgãos internacionais de direitos humanos, como os Comitês dos Tratados e de outras agências das Nações Unidas, e, de outro, de atores interessados como as Organizações Não Governamentais. (UN, 2007a).

Esses relatórios devem ser disponibilizados com antecedência mínima de seis semanas à sessão do Grupo de Trabalho agendada para a revisão do Estado em questão, quando será aberta a segunda fase do procedimento, a revisão em sentido estrito. Esta segunda fase é conduzida por um Grupo de Trabalho que, nos termos do parágrafo 18 da Resolução 5/1, é formado pelos 47 Estados membros do Conselho. Para mais bem operacionalizar o procedimento de revisão, a Resolução 5/1 ainda prevê a constituição de uma *troika*, cujos três membros, selecionados entre os membros do Conselho e respeitada a diversidade de grupos regionais, atuarão como relatores sendo auxiliados pelo Alto Comissariado (UN, 2007a).

No que diz respeito à periodicidade, inicialmente, a Resolução 5/1 previa que cada Estado seria revisado a cada quatro anos, o que implicaria na revisão de 48 Estados por ano, divididas nas três sessões anuais do Grupo de Trabalho. Assim, dezesseis Estados seriam revisados por sessão, sendo destinadas três horas de duração para a revisão de cada Estado em particular (UN, 2007a). Contudo, experimentado pelo primeiro ciclo de revisões, o

Conselho de Direitos Humanos editou a Resolução 16/21, de 12 de abril de 2011 (UN, 2011a), modificando a periodicidade de revisões para cada quatro anos e meio, sendo posteriormente complementada pela Decisão 17/119 (UN, 2011b), de modo que a cada sessão, 14 Estados seriam revisados, sendo-lhes destinadas três horas e meia para cada revisão.

O principal aspecto que caracteriza essa fase diz respeito ao diálogo interativo. Conforme ainda previsto pela Resolução 5/1, qualquer Estado membro das Nações Unidas pode participar do diálogo interativo, sendo-lhes facultada a submissão de questões antecipadamente à sessão para que o Estado em revisão possa respondê-las. Embora a referida Resolução ainda disponha sobre a possibilidade de que atores não estatais possam assistir à sessão, a eles não é disponibilizada as mesmas oportunidades que aos Estados, isto é, de formular questões de forma autônoma e a participação no diálogo interativo.

É importante observar, conforme sintetiza Ramos (2016, p. 133), que esse diálogo "[...] permite ao Estado examinado responder às dúvidas e ainda opinar sobre os comentários e sugestões dos demais Estados", mas não há, contudo "´[...] condenação ou conclusões vinculantes".

Ao final deste diálogo, conforme dispõe o parágrafo 26 da Resolução 5/1, um relatório final do Grupo de Trabalho é elaborado em que são resumidos os procedimentos adotados, as conclusões e recomendações, bem como os compromissos voluntariamente assumidos pelo Estado revisado (UN, 2007a). Antes da adoção da conclusão da revisão pelo plenário do Conselho de Direitos Humanos, oportuniza-se mais uma vez que o Estado em revisão se manifeste sobre as questões e comentários apresentados durante o diálogo interativo que não foram suficientemente abordados. De igual modo, os Estados membros do Conselho e os Estados observadores poderão expressar suas considerações sobre o relatório da revisão, assim como aos atores interessados, nos termos dos parágrafos 30 e 31 da Resolução 5/1 (UN, 2007a). Conforme observam Svensson (2015) e Bertotti (2019) este é, de fato, o único momento em que atores não estatais têm a oportunidade de se manifestar durante a revisão em sentido estrito.

Enfim, na adoção da conclusão da Revisão pelo plenário do Conselho, deve-se constar a totalidade das recomendações formuladas ao Estado sob revisão, fazendo-se ainda a indicação de quais foram aceitas ou rejeitadas pelo Estado em questão.

Finalizada esta fase com a adoção da conclusão da revisão, inicia-se a terceira fase do procedimento concernente ao monitoramento e à implementação. A Resolução 5/1 devota apenas seis parágrafos sobre esta fase, dispondo, em termos gerais, sobre a obrigação primária do Estado avaliado no que diz respeito à implementação das recomendações aceitas, sobre a possibilidade de assistência técnica e consultoria proveniente da comunidade

internacional para com o Estado avaliado, e sobre a competência do Conselho em atuar quando entenda que um Estado persistentemente não coopere com o mecanismo (UN, 2007a).

De todo modo, conforme é disposto pelo parágrafo 37 da Resolução 5/1 (UN, 2007a), o Conselho decidirá se e quando algum acompanhamento específico sobre a implementação das recomendações é necessário. Nesse sentido, a Resolução 16/21 (UN, 2011a) dispôs, em linguagem recomendatória, que os Estados revisados apresentassem os relatórios de meio período indicando as atualizações sobre a implementação das recomendações aceitas, conforme o parágrafo 18.

Enfim, no ciclo subsequente, a revisão terá como foco a implementação das recomendações aceitas no ciclo anterior, conforme dispõe a Resolução 16/21. Isso significa, como nota Domínguez Redondo (2012), que ao aceitar as recomendações, um Estado se compromete a implementá-las dentro de quatro anos e meio, isto é, até o próximo ciclo.

## 4 CRÍTICAS À REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL

Dois ciclos da Revisão Periódica Universal foram realizados integralmente entre 2008 e 2011, no que se refere ao primeiro, e entre 2012 e 2016, concernente ao segundo. O terceiro ciclo teve início em maio de 2017, sendo inicialmente previsto o seu encerramento para novembro de 2021. Em decorrência da pandemia, a 36ª sessão agendada primeiramente para maio de 2020 foi adiada para novembro de 2020 (UN, 2020b), de modo que, a 40ª sessão do Grupo de Trabalho, última referente ao terceiro ciclo, agora está agendada para janeiro e fevereiro de 2022.

É interessante notar, conforme indica Etone (2019), que desde a conclusão dos dois primeiros ciclos muitos têm sido os questionamentos sobre a eficácia da RPU, sobretudo no que diz respeito à centralidade ocupada pelos atores estatais neste procedimento, de modo que este mecanismo passa a enfrentar desafios relacionados à politização, ao regionalismo e ao ritualismo.

Conforme exposto nas sessões anteriores, embora o caráter intergovernamental da extinta Comissão tenha sido identificado como sendo uma das principais razões que ensejaram a sua politização e seletividade, essa característica foi mantida pela RPU, enfatizando-se a necessidade de não duplicação de procedimentos.

Ainda assim, para Domínguez Redondo (2008, p. 725, tradução nossa), "[...] a RPU não é exclusivamente um processo intergovernamental, mas um processo embasado em informações confiáveis provindas de várias fontes e sobre um diálogo interativo entre os Estados". Pela concepção da autora, o caráter prioritariamente intergovernamental deste mecanismo não obstaria a

participação de outros atores, como as organizações não governamentais e as instituições nacionais de direitos humanos.

No entanto, conforme é possível depreender do relato sobre o seu procedimento e dos textos normativos que o regulam, a participação de atores não estatais é demasiadamente restrita[3], além de que, em última instância, suas observações e críticas sobre a situação de direitos humanos no território do Estado em avaliação dependem do endosso de um Estado participante da revisão, caso contrário, não são formuladas recomendações. Nesse sentido, aliás, como indica Abebe (2009) sobre a elaboração dos textos normativos reguladores da RPU, a maioria dos Estados apoiavam medidas que pudessem ampliar o papel dos Estados no mecanismo de revisão, em detrimento do papel de outros atores interessados. Para alguns Estados, inclusive, o papel dos atores não estatais deveria ser restrito à contribuição na elaboração dos relatórios nacionais. O resultado disso, como já descrito, foi a adoção de uma perspectiva intermediária, que privilegia o protagonismo dos Estados e permite a participação de atores não estatais durante o procedimento de forma restrita.

Consequentemente, assim como ocorria no seio da Comissão, a existência de alianças entre Estados tem influenciado significativamente o processo de revisão e a natureza das recomendações eventualmente proferidas. Nos dizeres de Abebe (2009, p. 19, tradução nossa) "Os grupos nunca emitem declarações que sejam críticas a um dos seus. De fato, Estados pertencentes a grupos regionais similares frequentemente fazem declarações elogiando a situação de direitos humanos no Estado sob revisão [...]". De modo semelhante, Ramos (2016, p. 137) observa que, sobre os dois primeiros ciclos de revisão do Brasil, a maioria das recomendações recebidas tinha caráter elogioso ou eram demasiadamente genéricas, o que o leva a concluir que "[...] os Estados não são os melhores críticos de seus pares".

Aliado aos fatores da politização e do regionalismo que minam a efetividade da RPU, tem-se postulado também que o ritualismo gera efeitos similares. Conforme explicam Charlesworth e Larking (2015, p. 9, tradução nossa) rituais são entendidos como "[...] cerimônias ou formalidades que, através da repetição, estabelecem compreensões e relações de poder que eles incorporam". Nessa perspectiva conceitual, os rituais podem ser utilizados para diferentes finalidades, seja para se buscar um consenso social ao reduzir as contestações sobre determinada prática, portanto, ligado ao objetivo de permanência, seja para auxiliar a construção de mudanças, ao indicar novas práticas e significados em relação ao passado.

[3] Conforme já apontado, as organizações não governamentais somente podem participar do procedimento de revisão em sentido estrito, de forma ativa, após o diálogo interativo, na sessão do Conselho destinada à adoção da conclusão da revisão.

O ritualismo, por sua vez, como conceito distinto, é utilizado para "[...] descrever uma forma de adaptação à ordem normativa", mas que, de forma paradoxal, enquanto pressupõe a aceitação dos meios institucionalizados para se atingir determinados fins, há certa perda no engajamento em se atingir esses próprios fins (CHARLESWORTH; LARKING, 2015, p. 10, tradução nossa). No que diz respeito especificamente à RPU, Charlesworth e Larking (2015, p. 10, tradução nossa) afirmam que ambos os fatores podem ser identificados neste mecanismo, sendo que, o ritualismo se refere à "[...] participação no processo de relatórios e reuniões, mas [implica em] uma indiferença ou relutância em aprimorar a proteção dos direitos humanos". Portanto, conforme indica Kalin (2015), os rituais podem se transformar em ritualismo, no sentido de se estabelecer uma cerimônia vazia e inócua, que se de um lado, continua a se utilizar da linguagem dos direitos humanos, distancia-se da realidade e não revela nenhuma real intenção de implementar esses direitos.

Segundo ainda indica Kalin (2015), esse fator já pode ser identificado nos procedimentos da RPU, exemplificando-se pelos casos em que Estados, apesar de participarem de todo o procedimento nos termos indicados pelas bases normativas, rejeitam todas ou a maioria das recomendações recebidas, ou, ao contrário, aceitam-nas em sua maioria sem que exista a intenção ou a capacidade técnica de realizá-las.

De modo semelhante, esse instrumento teórico-conceitual é útil para se analisar criticamente a produção e a apresentação dos relatórios nacionais. De uma forma geral, os relatórios estatais tendem a enfatizar as conquistas e as medidas em processo de implementação relativas aos direitos humanos. Distintamente, os relatórios que compilam informações provenientes da sociedade civil tendem a uma postura mais crítica, enfatizando os lapsos entre as disposições normativas e a situação real dos direitos humanos no Estado em questão.

Aqui, é interessante notar o movimento do ritual ao ritualismo nos relatórios nacionais do Brasil. O primeiro deles, de 2008, embora não seja de todo desprovido de um caráter promocional – uma comparação com o relatório de outros atores interessados evidencia esse fator – há o reconhecimento da existência de desafios na implementação dos direitos humanos sob sua jurisdição (UN, 2008a; 2008b). Nesse sentido, além das diversas menções aos principais desafios enfrentados no que diz respeito a cada tópico selecionado, logo em suas primeiras páginas é exposto neste relatório que "No Brasil, os importantes avanços alcançados desde a redemocratização ainda coexistem com persistentes e sérias violações de direitos", admitindo-se por isso que "[...] muitas outras iniciativas e mudanças ainda são requeridas dos poderes públicos [...] a fim de se alcançar o desejável estágio de universalização e consolidação desses direitos". (UN, 2008a, p. 5-6, tradução nossa).

No relatório seguinte, de 2012, já balizado pelas recomendações aceitas no ciclo de revisão anterior, é possível identificar um uso híbrido da linguagem de direitos humanos, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento dos desafios em sua implementação. Em alguns casos, são expostos os desafios concretos que obstam melhores resultados sobre determinadas recomendações, a exemplo da menção à Proposta de Emenda Constitucional 438/2001 sobre o trabalho escravo e ao Estatuto dos Povos Indígenas. Em outros casos, são feitas apenas menções genéricas, a exemplos das menções à violência sobre disputas territoriais e à igualdade de gênero (UN, 2012a).

O caráter ritualístico do relatório de 2017 é ainda mais acentuado. Embora este relatório também tenha o cuidado de expor as metodologias adotadas para sua elaboração, e em algumas passagens reconheça desafios para a implementação das recomendações, são recorrentes os dizeres tautológicos e promocionais (UN, 2017a). Um ponto que ilustra essas asserções refere-se ao tópico destinado ao meio ambiente. Composto por três parágrafos, o texto busca demonstrar o engajamento do Estado brasileiro no combate ao desmatamento e o seu compromisso na diminuição da emissão de carbono. E conclui com os seguintes dizeres: "Isso demonstra o compromisso firme do Estado brasileiro com o meio ambiente. Em âmbito nacional, o desafio de implementar políticas públicas e leis ambientais persiste. Um exemplo é o que ocorreu na cidade de Mariana, Minas Gerais, em 2015" (UN, 2017a, p. 20, tradução nossa). Como se vê, não há nenhuma explicação sobre em que consistem esses desafios, ou sobre eventuais medidas adotadas para superá-los, ou mesmo alguma justificativa.

Enfim, o ápice do ritualismo pode ser identificado no relatório de meio período formalmente datado de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019). Por se tratar de um documento, inicialmente, facultativo[4], bem como em decorrência de não existir uma previsão normativa estrita sobre o seu formato, o relatório de meio período apresentado consiste no documento mais extenso até então.

Inobstante a maior flexibilidade quanto ao seu formato o que lhe permitiria o desenvolvimento de modo mais detalhado sobre a implementação das recomendações aceitas – e, consequentemente, as maiores dificuldades para concretizá-las – o relatório de meio período é genericamente promocional. Apesar de explicitar, logo em seu início, que o período objeto do relatório

[4] Inicialmente, nos termos dos instrumentos normativos que regulam a RPU, a apresentação de relatórios de meio período é facultativa. No entanto, por força do disposto na alínea d, do parágrafo 1º da Resolução 5/1, os compromissos voluntários assumidos por um Estado, incluindo-se aqueles quando de sua candidatura como membro do Conselho, compõem a base normativa da revisão. Nesse sentido, em 2019, ao se candidatar ao Conselho, o Brasil assumiu o compromisso de "[...] apresentar um relatório de meio período em 2019 relativo às recomendações aceitas pelo Brasil no terceiro ciclo da revisão periódica universal." (UN, 2019, p. 7, tradução nossa).

referia-se a setembro de 2017 a agosto de 2019, muitas das políticas públicas mencionadas como boas práticas, bem como dados relativos à implementação dos direitos em questão, dizem respeito a períodos anteriores àquele mencionado.

Outra evidência do ritualismo que imbui esse relatório concerne à participação da sociedade civil em sua formulação. Tanto no tópico introdutório, quanto no tópico destinado à metodologia do relatório, destaca-se a importância da participação da sociedade civil em sua formulação e, de fato, a existência de seu engajamento em relação à RPU. Contudo, é possível perceber que as consultas públicas sobre o relatório de meio período foram limitadas, tanto no prazo concedido para essas consultas, quanto em termos de meio aptos a recebê-las.

Até por isso, os comentários proferidos pela sociedade civil sobre o relatório de meio período foram incorporados em anexo, não sendo raros os aspectos contraditórios entre o anexo e o corpo deste relatório, a exemplo dos tópicos sobre o Conselho Nacional de Direitos Humanos, sobre demarcação de terras indígenas, sobre o aborto, sobre educação em direitos humanos, sobre segurança pública, dentre outros. É perceptível, portanto, que, na maioria dos casos são feitos apontamentos indicando que as recomendações não foram implementadas, ou enfatizando a ausência de dados que corroborem as informações prestadas no relatório, ou ainda indicando assuntos que não foram abordados.

Por fim, convém mencionar que foi recepcionado pelo Conselho de Direitos Humanos um relatório autônomo produzido pela sociedade civil, mais especificamente pelo Coletivo RPU Brasil (2019), composto por vinte e duas organizações não governamentais. Embora este relatório não aborde o monitoramento da implementação de todas as recomendações, como destaca em sua metodologia, são avaliadas 156 recomendações, dentre as 242 aceitas pelo Brasil em 2017. Dentre as 156 recomendações monitoradas, o Coletivo RPU Brasil (2019) aponta que apenas uma delas foi cumprida integralmente, vinte parcialmente, e as demais não foram cumpridas.

Assim, pela apresentação de dados tão divergentes é conveniente questionar, em primeiro lugar, o grau de confiabilidade das informações levadas à revisão, e consequentemente, a pertinência das recomendações que venham a ser proferidas. Em segundo lugar, a capacidade da RPU em ser um mecanismo efetivo na promoção dos direitos humanos em oposição ao ritualismo que imbui o sistema.

## 5 A PARTICIPAÇÃO DE ATORES NÃO ESTATAIS

Com quase três ciclos de revisão completos, é possível perceber que são opostos à RPU alguns dos principais problemas que acometiam a extinta

Comissão de Direitos Humanos e os órgãos do sistema de monitoramento convencional. Conforme exposto no tópico anterior, as principais críticas direcionadas a RPU se relacionam aos fenômenos da politização, do regionalismo e do ritualismo.

Considerando-se que muitos dos problemas relativos à efetividade e à execução da norma internacional se relacionam à própria natureza do direito internacional e à porosidade das fronteiras entre direito e política (BERTOTTI, 2019); e ainda, tendo em vista a incipiência relativa da RPU, algumas ideias[5] têm sido propostas com a intenção de aprimorar este mecanismo.

Dentre esses aspectos, Charlesworth e Larking (2015, p. 16, tradução nossa) enfatizam que "a capacidade da RPU em transcender o ritualismo e para funcionar como um mecanismo regulatório de empoderamento depende fortemente do efetivo engajamento de ONGs e da sociedade civil no processo". E, de fato, como indica Kalin (2015), a participação de atores não estatais tem contribuído para que os Estados sob revisão levem o processo a sério.

Nesse sentido, é possível observar que algumas das recomendações mais pertinentes recebidas pelo Brasil quando em revisão, foram formuladas a partir de dados e informações fornecidas através dos relatórios dos atores não estatais.

Inobstante isso, conforme já descrito em tópicos anteriores, a participação de atores não estatais no procedimento da RPU é demasiadamente restrita, tanto em virtude dos preceitos normativos da própria RPU, que privilegia o caráter intergovernamental do monitoramento, quanto porque a possibilidade de participação desses atores depende da observância de certos requisitos instituídos pelos órgãos internacionais, a exemplo do que prescreve a Resolução 1996/31 do Conselho Econômico e Social sobre organizações não governamentais e os Princípios de Paris, sobre instituições nacionais de direitos humanos.

Apesar disso e ainda que em distintos graus, conforme já descrito, os atores não estatais são encorajados a participar das três fases da RPU: na produção do relatório, estatal ou de informações compiladas pelo Alto Comissariado; na revisão em sentido estrito, com algumas restrições; e no monitoramento da implementação das recomendações aceitas.

No que diz respeito à elaboração do relatório nacional, a Resolução 5/1, especificamente no parágrafo 15, alínea a, utiliza-se de uma linguagem recomendatória sobre a participação da sociedade civil nesta fase. Não há,

[5] Para Etone (2019) existiriam dois grupos de críticos em relação à RPU. O primeiro deles é denominado como o grupo cético, que preconiza, em linhas gerais, a extinção do mecanismo e a sua substituição por outro sistema de monitoramento que possua maior grau de cogência (*naming and shaming*). O segundo grupo é classificado como evolucionário, e postula que, apesar dos problemas enfrentados em relação à efetividade da RPU, mudanças de perspectiva e/ou reformas poderiam superar essas dificuldades.

portanto, nenhum critério metodológico estabelecido sobre procedimentos de consulta. Nesse sentido, apesar de tratar de um contexto específico, são válidas as questões indicadas por Bashahider (2020) concernentes às dificuldades na elaboração dos relatórios nacionais. Em seus dizeres "[...] é essencial examinar como o relatório de um país foi preparado e até que medida foi permitida a participação de atores não estatais na preparação do mesmo" (BASHAHIDER, 2020, p. 5, tradução nossa).

É interessante notar que, embora exista uma presunção acerca da confiabilidade das informações prestadas pelos Estados, seja por deficiência técnica de seus órgãos que participam na coleta de dados, seja pela vontade governamental em acentuar as boas práticas e omitir as persistentes violações de direitos humanos, os relatórios nacionais raramente refletem a situação real de direitos humanos no Estado sob revisão. Assim, a ausência do cruzamento de dados fornecidos pelo governo e pelos atores não estatais limita a possibilidade de que sejam recebidas recomendações relevantes e específicas para o aprimoramento da situação de direitos humanos no Estado em questão. A proposta de Bashahider (2020) de que os relatórios nacionais devem ser preparados com significativa participação dos atores não estatais em todas as fases de sua elaboração, no entanto, apresenta dificuldades em face do ritualismo e da preponderância do entendimento que a produção desses relatórios diz mais respeito às questões de direito interno do Estado. Para que isso de fato ocorra, é preciso que a *troika* constituída ou o Alto Comissariado considerem a metodologia do relatório seriamente, afastando a eventual presunção de veracidade dos dados apresentados pelos Estados em comparação com os dados fornecidos pelos Comitês de Tratados e pelos atores não estatais.

É preciso ressaltar, ademais, que a assistência da sessão de revisão e a participação na sessão do Conselho de Direitos Humanos de adoção do relatório pelas organizações não governamentais estão condicionadas à acreditação dessas organizações junto ao Conselho, nos termos da Resolução 1996/31. Apesar das diversas restrições que recaem sobre a participação das organizações não governamentais nesta fase, estas têm alcançado um relativo sucesso em contribuir com as revisões através de meios informais.

> [...] há uma atividade significativa de lobby das ONGs ocorrendo em Genebra [...] quando as ONGs tentam persuadir os estados [...] a propor recomendações específicas durante a revisão de outro estado. Com base nessa atividade de lobby, a ONG UPR Info regularmente organiza pré-sessões em Genebra. Pré-sessões são conferências organizadas antes de uma sessão da RPU durante as quais as ONGs, a sociedade civil organizada e as instituições nacionais de direitos humanos [...] levam diferentes questões relativas à situação dos direitos humanos no dito estado à atenção das Missões Permanentes

> presentes que poderão usar as informações recebidas para formular recomendações. As pré-sessões são geralmente bem frequentadas por diplomatas que trabalham na RPU, uma vez que elas consistem em um modo sucinto e direto de ouvir de ativistas da sociedade civil sobre a situação de um país; indiscutivelmente um método mais direto e relacionável de comunicação que os relatórios padronizados do Alto Comissariado (BERTOTTI, 2019, p. 11, tradução nossa).

Deste modo, ainda que as dificuldades relativas à participação ampla de organizações não governamentais no procedimento da RPU persistam – mediação estatal, dependência da boa vontade das delegações, etc. – essas conferências paralelas têm contribuído com a efetividade do próprio mecanismo.

A terceira fase do procedimento relativa à implementação das recomendações, até pelo menor grau de formalidade instituído, apresenta maior potencial de participação de atores não estatais. Ilustra isso a recepção pelo Conselho de Direitos Humanos do já mencionado relatório de meio período autônomo produzido pelo Coletivo RPU Brasil, em 2019. Apesar disso, é conveniente ressaltar que, dentre os três ciclos de revisão, apenas no último foram apresentados relatórios de meio período. Deste modo, o impacto que esses relatórios podem exercer sobre o procedimento e sobre o comportamento dos Estados participantes na revisão do Brasil ainda não é conhecido. Por outro lado, considerando-se a atual condição de membro do Conselho e o apoio histórico ao procedimento da RPU, para que o Brasil honre os compromissos voluntariamente assumidos quando de sua candidatura sobre a RPU, as questões trazidas pelo relatório do Coletivo RPU Brasil deverão ser consideradas e adequadamente respondidas no próximo ciclo.

Finalmente, as dificuldades se mostram ainda mais acentuadas no que se refere às instituições nacionais de direitos humanos, tendo sido este assunto, inclusive, objeto de apreciação dos relatórios de meio período.

As instituições nacionais de direitos humanos consistem em "[...] organismos permanentes e independentes, que governos estabeleceram para o propósito específico de promover e proteger os direitos humanos" (POHJOLAINEN, 2006, p. 6, tradução nossa). Contudo, embora se reconheça a prerrogativa estatal na escolha dos marcos legais mais adequados às circunstâncias e necessidades particulares de cada Estado, os chamados Princípios de Paris, adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1993 pela Resolução 48/134, constituem-se como padrões mínimos internacionais que devem ser observados pelos Estados na criação dessas instituições (POHJOLAINEN, 2006).

Tendo em vista que os critérios estabelecidos pelos Princípios de Paris foram, originariamente, elaborados por instituições nacionais de direitos humanos, em 1991, e sequentemente foram adotados pela Comissão de

Direitos Humanos, em 1992 e pela Assembleia Geral, em 1993, estes princípios consistem no documento de maior grau autorizativo no que diz respeito à definição das características das instituições nacionais de direitos humanos, apesar de seu caráter de *soft law* (DE BECO; MURRAY, 2014; POHJOLAINEN, 2006).

Em linhas gerais, os Princípios de Paris tratam da competência e das responsabilidades da instituição, da composição e das garantias de independência e pluralismo, dos métodos de funcionamento, e dos princípios concernentes à competência quase-judicial da instituição.

O cumprimento desses requisitos é avaliado, desde 2002, pelo Sub-Comitê sobre Acreditação da Aliança Global de Instituições Nacionais de Direitos Humanos (GANHRI) também conhecida pela sigla ICC (*International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*). Conforme previsto em seu Regulamento, são atribuídos estratos às instituições nacionais de direitos humanos de acordo com o seu grau de cumprimento dos Princípios de Paris: status A, para total cumprimento; status B para cumprimento parcial; e status C para as instituições que falham na observância desses requisitos. Além das consequências relativas ao grau de participação das instituições no âmbito da própria ICC, ainda de maior relevância é a possibilidade conferida às instituições de alto estrato de participarem nas sessões do Conselho de Direitos Humanos (DE BECO; MURRAY, 2014).

Em virtude da credibilidade atribuída aos Princípios de Paris internacionalmente, bem como ao procedimento de acreditação, muitas organizações ou mesmo convenções internacionais têm-lhes feito referências com o propósito de aprimorar os mecanismos de proteção e promoção dos direitos humanos. Um exemplo disso refere-se às revisões pelas quais o Estado brasileiro passou na RPU.

Ainda em 2008, no primeiro ciclo de revisão, o Brasil recebeu e aceitou a recomendação 14, formulada pela delegação mexicana, que o incentivava a estabelecer uma instituição nacional de direitos humanos em conformidade com os Princípios de Paris (UN, 2008c). No ciclo seguinte, em 2012, o Brasil chegou a relatar as medidas tomadas para a criação da instituição nacional de direitos humanos, assim como foi recorrente esse tópico durante o diálogo interativo, culminando no recebimento de oito recomendações nesse sentido (UN, 2012a; 2012b).

Finalmente, em 2014, foi promulgada a Lei nº 12.986, que transformava o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos, de forma mais adequada às exigências dos Princípios de Paris.

Apesar disso, no terceiro ciclo em 2017, outras sete recomendações foram formuladas e posteriormente aceitas pelo Brasil fazendo explícita referência aos Princípios de Paris, indicando a necessidade de se garantir a

independência orçamentária, administrativa e política do Conselho Nacional dos Direitos Humanos, e em uma ocasião, à acreditação com status A (UN, 2017b).

Uma vez que todas essas recomendações foram aceitas pelo Estado brasileiro naquela ocasião, o relatório de meio período apresentado em 2019 destinou um tópico às instituições nacionais de direitos humanos. Segundo é exposto, medidas que visam promover a independência do Conselho Nacional de Direitos Humanos têm sido adotadas. O relatório ainda é explícito ao afirmar que a autonomia administrativa, incluindo-se a atribuição de infraestrutura e autonomia financeira em relação ao Ministério de Direitos Humanos, é prioridade. Indica-se, ainda, que a Secretaria Nacional de Proteção Global, vinculada àquele Ministério, tem-se incumbido dos preparativos para a requisição de acreditação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (BRASIL, 2019).

São notórias, contudo, as divergências relativas às informações sobre o Conselho Nacional de Direitos Humanos e à sua autonomia. No próprio anexo do relatório, diversos apontamentos críticos são apresentados, ainda que de forma sucinta. De forma sumária, essas críticas se relacionam à perspectiva restrita atribuída à noção de autonomia do Conselho, à ausência de dados mais atualizados e sobre outras instituições nacionais, e, sobretudo, em relação ao episódio de ingerência sobre o Conselho ocorrido em agosto de 2019 (BRASIL, 2019; CONECTAS, 2019).

Por motivos semelhantes, o Coletivo RPU Brasil (2019, p. 10), em seu relatório, conclui que "[...] todas as Recomendações contidas na RPU [sobre instituições nacionais de direitos humanos] não foram cumpridas, ao contrário, houve um ataque e uma intervenção no CNDH enfraquecendo sua autonomia como prevê os Princípios de Paris".

Portanto, dentre as várias possíveis conclusões advindas dessas constatações, é preciso destacar, em primeiro lugar, o papel crucial desempenhado pelos atores não estatais no próprio fortalecimento da RPU inobstante as diversas limitações que lhe são impostas. Isso se dá principalmente porque, em geral, esses atores possuem maior conhecimento sobre a situação real dos direitos humanos no Estado sob revisão, de modo que as informações por eles prestadas possuem a tendência a serem mais confiáveis, inclusive porque a atuação desses atores estão menos imbuídas pelo ritualismo.

Em segundo lugar, é possível perceber também que existem caminhos plausíveis no que diz respeito ao aumento do grau de efetividade da RPU como instrumento de promoção e proteção dos direitos humanos. Dentre estes caminhos, esta pesquisa enfatizou a participação de atores não estatais como as organizações não governamentais e as instituições nacionais de direitos humanos. Portanto, como forma de estímulo à ampliação da participação dos atores não estatais no mecanismo da RPU e em atenção ao princípio

da confiabilidade das informações que orienta o procedimento, postula-se que é necessário inverter a lógica de presunção de confiabilidade das informações estatais em detrimento das informações prestadas por outros atores, incluindo-se, ainda, os Comitês de Tratados. Significa dizer que a inércia e a negligência estatal que culmina por obstar a constituição dos conselhos nacionais de direitos humanos e a sua acreditação nos termos dos Princípios de Paris devem ser interpretadas pelos agentes revisores da RPU como desrespeito aos princípios da boa-fé e da cooperação que regem o mecanismo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objeto de análise a participação de atores não estatais no âmbito da RPU. Conforme foi indicado, embora a RPU tenha sido criada como o principal instrumento de monitoramento do sistema universal em busca de se superar os problemas que acometiam a Comissão de Direitos Humanos, com a conclusão dos dois primeiros ciclos de revisão, algumas críticas passaram a lhe ser dirigidas. Dentre essas críticas, deu-se destaque aos fenômenos da politização, do regionalismo e do ritualismo que decorrem do seu caráter predominantemente intergovernamental e resultam na diminuição da efetividade da RPU.

A partir da identificação desses fenômenos, principalmente do ritualismo, nos três ciclos de revisão realizados sobre o Brasil, foi possível verificar a contribuição ofertada pelos atores não estatais à RPU, de modo a torná-la mais efetiva, inobstante as diversas limitações que incidem sobre a participação desses atores no mecanismo.

Em conclusão, aliadas à defesa de expansão da participação de atores não estatais no mecanismo foram apresentadas propostas no sentido de estimular essa participação a partir da interpretação dos instrumentos normativos que regem a RPU. Em específico, ao se reconhecer que a participação de atores não estatais tende a contribuir com a maior confiabilidade das informações prestadas diante da RPU, postula-se que a inércia e a negligência dos Estados sob revisão para fomentar essas participações, devem culminar na inversão da presunção de confiabilidade das informações apresentadas. Deste modo, ao mesmo tempo em que é possível encorajar a participação dos atores não estatais, cujos formatos e percursos já são conhecidos pelas definições normativas, também se contribui para que os Estados possam atuar no âmbito da RPU para além do ritualismo.

## REFERÊNCIAS

ABEBE, Allehone Mulugeta. Of shaming and bargaining: African States and the universal periodic review of United Nations Human Rights Council. **Human rights law review**, Oxford, v. 9, n. 1, p. 1-35, Jan. 2009.

ALSTON, Philip. **Reconceiving the UN human rights regime: challenges confronting the new UN Human Rights Council**. 2006. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=907471. Acesso em: 28 set. 2020.

BASHAHIDER, Zewdu Mengesha. Ethiopia's human rights report to universal periodic review (UPR): a critical overview of its preparation. **Cogent social sciences**, v. 6, n. 1, Mar. 2020.

BERTOTTI, Sara. Separate or inseparable?: How discourse interpreting law and politics as separable categories shaped the formation of the UN Human Rights Council's Universal Periodic Review. **The International Journal of Human Rights**, [*s. l.*], v. 23, n. 7, p. 1140-1065, Apr. 2019.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Assessoria Internacional. Mid-term report: 3rd cicle: universal periodic review. 2019.

CARRARO, Valentina. Promoting compliance with human rights: the performance of the United Nations' universal periodic review and treaty bodies. **International studies quarterly**, [*s. l.*], v. 63, n. 4, p. 1079-1093, Dec. 2019.

CHARLESWORTH; Hilary; LARKING, Emma. Introduction: the regulatory power of the universal periodic review. *In:* CHARLESWORTH, Hilary; LARKING, Emma. **Human rights and the universal periodic review**: rituals and ritualism. Cambridge: Cambridge University, 2015, p. 1-21.

COLETIVO RPU BRASIL. **Mid-term report**: civil society: UPR 3rd cycle: Brazil (2017-2019). 2019.

CONECTAS. **Intervenção em Conselho de Direitos Humanos fere recomendações internacionais**. 28 ago. 2019. Disponível em: https://www.conectas.org/noticias/intervencao-em-conselho-de-direitos-humanos-fere-recomendacoes-internacionais. Acesso em: 29 set. 2020.

DE BECO, Gauthier; MURRAY, Rachel. **A commentary on the Paris Principles on national human rights institutions**. Cambridge: Cambridge University, 2014.

DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira. The Universal Periodic Review: is there life beyond naming and shaming in human rights implementation?. **New Zealand law review**, [*s. l.*], v. 4, Jul. 2012.

DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira. The Universal Periodic Review of UN Human Rights Council: an assessment of the first session. **Chinese Journal of International Law**. Oxford, vol. 7, n. 3, p. 721-734, Nov. 2008.

ETONE, Damian. Theoretical challenges to understanding the potential impact of the Universal Periodic Review mechanism: revisiting theoretical approaches to state human rights compliance. **Journal of human rights**, [*s. l.*], v. 18, n. 1, p. 36-56, Mar. 2019.

KALIN, Walter. Ritual and ritualism at the universal periodic review: a preliminary appraisal. *In:* CHARLESWORTH, Hilary; LARKING, Emma. **Human rights and the universal periodic review:** rituals and ritualism. Cambridge: Cambridge University, 2015, p. 25-41.

POHJOLAINEN, Anne-Elina. **The evolution of national human rights institutions**: the role of United Nations. Copenhagen: The Danish Institute for Human Rights, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHORT, Katherine. Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável? **Sur: revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 172-199, dez. 2008.

SILVA, Marisa Viegas e. O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: seis anos depois. **Sur: revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 103-119, jun. 2013.

SVENSSON, Nathalie Lihuvud. The Universal Periodic Review: a study on the effectiveness of the United Nations Human Rights Council's monitoring system. **Vienna journal on international constitutional law**. Vienna, v. 9, p. 1-51, 2015.

UNITED NATIONS. **General Assembly. A/74/124**. Note verbale dated 27 June 2019 from the Permanent Mission of Brazil to the United Nations addressed to the President of General Assembly. 28 Jun. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 60/251**. 3. Apr. 2006.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/21/11**. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. 9. Jul. 2012b.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/36/11**. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. 18. Jul. 2017b.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/8/27**. Universal Periodic Review: report of the working group on the Universal Periodic Review Brazil. 22. May 2008c.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/WG.6/1/BRA/1**. National report submitted in accordance with paragraph 15(a) of the annex to Human Rights Council Resolution 5/1. 7. Mar. 2008a.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/WG.6/1/BRA/3**. Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with paragraph 15(c) of the annex to Human Rights Council Resolution 5/1. 6. Mar. 2008b

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/WG.6/13/BRA/1**. National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21. 7. Mar. 2012a.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **A/HRC/WG.6/27/BRA/1**. National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21. 27. Feb. 2017.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Basic facts about the UPR.** 2020a. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BasicFacts.aspx. Acesso em: 14 set. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Decision 6/102.** Follow-up to Human Rights Council Resolution 5/1. 27. Sep. 2007b.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Press Release. Human Rights Council's Universal Periodic Review Working Group May 2020 Session Postponed**. 2020b. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25733&LangID=E. Acesso em: 14 set. 2020.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Resolution 5/1**. Institution-building of the United Nations Human Rights Council. 18. Jun. 2007a.

VENGOECHEA-BARRIOS, Juliana María. The Universal Periodic Review: a new hope for international human rights law or a reformulation of errors of the past?. **International law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, v. 6, n. 12, p. 101-116, 2008.

# A REDUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA COMO ATAQUE A DEMOCRACIA

# THE LOWERING OF LABOUR LAW DURING PANDEMIC AS AN ATTACK OF DEMOCRACY

Camila Jorge[1]
Diego Frizeira Vaz de Souza e Silva[2]

**RESUMO:** O presente artigo busca discorrer sobre as contradições e desigualdades da sociedade contemporânea que se evidenciaram no cenário da pandemia de COVID-19. A fragilidade e a crise do trabalho humano se tornaram ainda mais evidentes diante da realidade pandêmica, mormente, diante das alterações legislativas realizadas no tocante à matéria trabalhista. A defesa do Estado Democrático de Direito e de uma legislação social protetiva, constitucionalmente assegurada, demanda uma análise mais pormenorizada destas alterações, atentando-se sempre ao fato de que o Direito do Trabalho atua em favor da democracia, tanto em sentido formal como em sentido substancial. Deste modo, quaisquer alterações no sentido de diminuir a efetividade e a abrangência protetivas do Direito do Trabalho precisam ser interpretadas como ataques à própria democracia. Para tal análise, busca-se demostrar a relação entre o Direito do Trabalho e a democracia, bem como, compreender os reflexos da crise sanitária no Brasil e no mundo.

**Palavras-chave:** Coronavírus. Democracia. Direito do Trabalho.

[1] Mestranda em Direito do Trabalho com bolsa pela PUC-MG. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNA - Divinópolis. E-mail: camilajorge.adv@gmail.com. Advogada.

[2] Mestrando em Direito Privado na linha Trabalho, Democracia e Efetividade, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com bolsa de pesquisa da CAPES; Pós-graduado lato sensu em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Endereço eletrônico: diego-frizeira@hotmail.com. Advogado.

**ABSTRACT:** The present article seek to approach the contradictions and inequalities of contemporary society, which were evidenced at the pandemic scenario of COVID-19. The fragility and the crises of human work became even more evident facing the pandemic reality, morally, against the legislative changes made regarding the labour matter. The defense of the Democratic State of Law and of a social protective legislation, constitutionally assured, demands a more detailed analysis of this alterations, always considering the fact that the Labour Law acts in favor of democracy, such in formal as substantial senses. Therefore, any alteration in the sense of decrease the effectivity and the protective scope of Labour Law needs to be interpreted as an attack to the democracy itself. For such an analysis, it's seeked the relation between the Labour Law and democracy, such as comprehend the consequences of the sanitary crisis in Brazil and in the world.

**Keywords:** Coronavirus. Democracy. Labour Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as edições legislativas realizadas no Brasil, visando o enfrentamento da pandemia de COVID-19, que assolou todo o mundo desde o final de 2019. Sem dúvida, o ordenamento jurídico pátrio, mormente na seara trabalhista, que é o recorte deste trabalho, não estava preparado para lidar com uma situação análoga àquela que se instaurou no país a partir de meados de 2020, quando foi constatada a transmissão comunitária do vírus no Brasil.

Entretanto, a análise dos rumos que as normas nacionais tomaram para enfrentar o cenário pandêmico é medida urgente que se impõe, principalmente, se observadas às perdas desencadeadas por estas aos trabalhadores. A relação entre capital e trabalho é formada por uma dualidade: de um lado o trabalhador que é vulnerável por sua origem e, do outro lado, as empresas cujo principal objetivo é o lucro.

Para realizar essa análise, inicialmente, busca-se trazer à tona questões referentes à pandemia, tentando melhor compreender as implicações trazidas pelo novo coronavírus.

Em um segundo momento, são examinadas as Medidas Provisórias nº 927 e nº 936, que foram editadas sob o discurso de que era preciso se adequar as relações trabalhistas à realidade econômica imposta pelo novo vírus, com uma observação pormenorizada dos seus efeitos aos trabalhadores.

No tópico que antecede à conclusão, busca-se compreender a relação existente entre o Direito do Trabalho e a democracia, com ênfase na análise

das normas trabalhistas positivadas pela Constituição Federal da República de 1988.

O presente estudo tem como enfoque demonstrar, portanto, os reflexos deste cenário pandêmico na vida do trabalhador brasileiro, passando pela investigação de alguns pontos da pandemia de COVID-19 no Brasil e no mundo.

## 2 REFLEXÕES ACERCA DO CORONAVÍRUS

Wuhan, na China, atraiu as atenções mundiais desde o final do ano de 2019, quando a raça humana se deparou com um enorme obstáculo ao seu progresso: um vírus letal, descoberto inicialmente naquela região do globo. Várias pessoas começaram a ser acometidas por uma doença do trato respiratório até então desconhecida. Por meio da investigação cientifica, foi constatado que a doença era causada por um vírus com uma alta taxa de transmissibilidade e que tinha potencial de causar um número expressivo de mortes em todo o globo.

Embora pertencente à família viral *Coronaviridae*, já conhecida pela ciência com incidência em animais e humanos, o coronavírus (SARS-COV-2) ou Covid-19, até então era desconhecido. Com um novo integrante desta família viral, surgiram inúmeras dúvidas acerca de como lidar com a nova doença e quais protocolos deveriam ser utilizados.

Fato é que, em razão do desconhecimento do vírus e da doença por ele causada, a questão tomou dimensão global, levando a Organização Mundial da Saúde (OMS) a declarar, em 11 de março de 2020, a pandemia de coronavírus (ORNANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE, 2020).

Diante das incertezas e dos parcos conhecimentos sobre a doença, os cientistas, por meio da intensificação das pesquisas, descobriram que a maneira mais eficiente para conter o agente patógeno era evitar o contágio, ou seja, reduzir a sua taxa de transmissão. Por ser uma maneira paliativa para lidar com a questão, a corrida mundial se volta então para a busca de um medicamento eficaz para combater a doença e/ou de uma vacina.

A experiência da ciência no estudo de infecções respiratórias virais produziu um consenso científico de que: a adoção de distanciamento social e a constante higienização das mãos seriam formas profiláticas para prevenir o contágio. Assim, foram implementadas, no âmbito dos Estados, uma série de medidas como uso de máscaras e álcool gel, na tentativa de se barrar o avanço da doença (PRATHER; WANG; SCHOOLE, 2020). O próprio modo de vida humana se viu sensivelmente modificado na tentativa de conter a circulação do vírus. A economia foi aos poucos sucumbindo, e, com isso, surgem importantes reflexões. É difícil equilibrar os pratos da balança entre proteção

à vida e proteção à economia, no entanto, é importante destacar que não existe economia sem pessoas.

O Brasil deu exemplo a não ser seguido[3]. Os pobres não receberam ou receberam pouco suporte social do governo, fato que criou para a população menos favorecida uma situação difícil: cumprir as medidas de distanciamento social e sucumbir ante a necessidade de subsistência ou continuar suas atividades laborais e ser afetado pelo vírus.

O Governo aprovou como medida para mitigar os efeitos da pandemia, o auxílio emergencial no valor de R$600 (seiscentos reais) para maiores de idade sem renda formal. Além de trabalhadores informais, autônomos e pessoas de baixa renda também foram contemplados pela medida, bem como, as mães solteiras nessa situação que puderam receber duas cotas do benefício (SENADO NOTÍCIAS, 2020).

Contudo, o trâmite para liberação do recurso causou tumulto. Várias pessoas tiveram dificuldades de se cadastrar e até de receber suas parcelas, além de filas e aglomerações geradas nas agências bancárias. (SCHYMURA, 2020). Atualmente a situação do aplicativo para cadastro foi normalizada e está estável, contudo gerou muito desconforto e frustração por parte dos beneficiários.

Outro fator complicador é que, aqueles que vivem em situação de extrema pobreza exercem atividades que, na maioria das vezes, não permitem o trabalho remoto, posto que correspondem à funções braçais de pouca escolaridade. Tudo isso acentua ainda mais a exposição das pessoas mais vulneráveis à ação do vírus.

Enquanto a classe média e os ricos brasileiros conseguiram – quando não influenciados pelo sentimento anticiência que ganhou adeptos no país, cumprir as medidas sanitárias de combate ao vírus, permanecendo em suas residências com relativo conforto, nas periferias brasileiras havia luta pela água encanada e por saneamento básico (FALTA, 2020).

Como exigir que um morador de comunidades carentes realize a higienização de sua casa e de suas mãos, quando muitas vezes nem água tratada ele possui em sua residência? Como obrigar uma família que possui necessidades básicas de subsistência e moradia a ficar em seu lar, sem trabalho e sem renda? Como pedir um trabalhador para manter distanciamento social, sendo que ele necessita se valer do transporte público lotado diariamente? Conforme especialistas, a flexibilização das medidas de segurança e o maior

[3] O presidente Jair Bolsonaro, foi nomeado como o "pior líder mundial" no enfrentamento ao combate do coronavírus em publicação do jornal americano Washington Post. O texto aponta governantes que menosprezam a realidade de pandemia e que arriscam vidas ao adotar tal comportamento, conforme reportagem. (MAGNO, 2020).

fluxo de pessoas nos transportes públicos pode se tornar um foco eminente de contágio. (FERREIRA, 2020).

Todas essas questões colocam em contradição a implementação das medidas de combate ao coronavírus. Não há sequer condição fática de assimilação das medidas de prevenção emanadas dos órgãos sanitários sem uma efetiva interferência estatal para assegurar a subsistência da população. O que se observa é que as populações desfavorecidas socialmente se veem encurraladas entre a doença e a fome, agravando, sobretudo, o fator ambiental de risco de contágio.

As suscetibilidades fisiológicas à doença (idade, peso, doenças pré-existentes) perderam espaço para o fator socioeconômico como maior causa de mortes pelo Covid-19 no Brasil, demonstrando que os efeitos da pandemia são potencializados sobre as pessoas em situação de vulnerabilidade econômica (ROLLEMBERG, 2020).

Para além das consequências econômicas e sociais, a pandemia trouxe reflexões paradoxais ao pensamento humano. Os sentimentos de medo e esperança se misturam em torno da possibilidade (ou não) de uma vacina. A impotência e a confiança caminham juntas na superação das marcas indeléveis deixadas pelo Covid-19.

Existe ainda a expectativa da vacina. Discordâncias em torno da futura vacina podem ser observadas. Tal vacina será obrigatória? A expectativa da vacina contra o coronarívus trouxe uma discussão polêmica e se transformou em uma disputa política. Chegando ao Supremo Tribunal Federal (STF), que deve julgar caso de pais que não querem vacinar o filho (BERTODO, 2020). O fato de que a vacina em fase de testes foi criada na China, mesmo país em que se iniciou a pandemia, fez com que várias teorias da conspiração e falsas informações fossem disseminadas em torno da vacina, causando rejeição em utilizar tal imunizante por parte da população (UOL, 2020).

Apesar do ser humano ter capacidade racional, ele não é onipresente nem onipotente. Ele é verdadeiramente vulnerável pela própria natureza. A atividade do pensar – que o distingue dos animais, o possibilita alterar o percurso de seu destino, mas o sentido de sua razão, só se faz perfeito quando se tem como motivação o destino da solidariedade.

## 3 ALTERAÇÕES NORMATIVAS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

Com a baixa das atividades empresariais, da prestação de serviços, turismo e comércio, as empresas perceberam uma queda significativa na movimentação financeira e, por conseguinte, o primeiro reflexo foi à demissão de empregados. De acordo com um estudo do IBGE – Instituto Brasileiro de

Geografia e Estatística, 8,9 milhões de postos de trabalho foram fechados no país, chegando à taxa de desemprego em 13,3 por cento da população, maior taxa nos últimos três anos (ALVARENGA, 2020).

Com o intuito de controlar o desemprego e evitar falências no país, o Governo Federal buscou alterar rapidamente a legislação trabalhista. Em caráter excepcional, devido à urgência em regulamentar a situação inesperada e não prevista no ordenamento jurídico pátrio, as alterações foram realizadas pela via de Medidas Provisórias.

As mudanças referentes ao Direito do Trabalho estão previstas nas Medidas Provisórias 927 de 22 de março de 2020 e 936 de 1º de abril de 2020. O argumento utilizado para a edição de ambas MPs é que a alteração no cenário econômico brasileiro exige adequação urgente das relações trabalhistas para se proteger os empregos, sendo que algumas alterações que demandam uma análise mais pormenorizada, dentre elas: concessão de férias individuais e coletivas com 48 horas de antecedência, criação do banco de horas, antecipação de feriados, mudança para regime de trabalho presencial para o teletrabalho, suspensão do contrato de trabalho e redução proporcional do salário e da jornada, presunção relativa de que o adoecimento por COVID-19 não é adoecimento ocupacional, bem como o elastecimento da jornada de profissionais da saúde, ainda que em ambiente insalubre, para jornada de 12 x36 (BRASIL, 2020 a; BRASIL, 2020 b).

A concessão de férias consuetudinariamente concedidas a partir de acordo prévio entre empregadores e empregados, passa a poder ser concedida pelo empregador, de acordo com o seu interesse e necessidade, mediante comunicado prévio de 48 horas. O pagamento que anteriormente ocorria antes do início das férias, durante a pandemia, se dará até o 5º dia útil do mês subsequente ao início de sua fruição e o terço de férias poderá ser pago até o mês de novembro de 2020. Os empregados que pertencem ao grupo de risco terão prioridade para a fruição de férias (BRASIL, 2020 a).

Fica também instituído o banco de horas para compensação em 18 meses. Anteriormente, a compensação deveria ocorrer em até 12 meses quando houvesse acordo ou convenção coletiva, e em até 06 meses se pactuado por acordo individual (BRASIL, 2020 a).

Os feriados não religiosos poderão ser antecipados pelo empregador, independente da concordância do empregado, com antecedência de no mínimo 48 horas. Os feriados religiosos também poderão ser antecipados, no entanto, exigem acordo individual escrito entre empregado e empregador. Ambos os feriados poderão ser utilizados para a compensação de banco de horas (BRASIL, 2020 a).

O regime de trabalho poderá ser alterado para o modelo de teletrabalho, popularmente conhecido como *Home Office*, sem qualquer alteração aditiva

ao contrato de trabalho, mediante comunicação do empregador, por escrito ou por meio eletrônico, com 48 horas de antecedência. Essa alteração independe da concordância do empregado, ficando ressalvado o dever do empregador em fornecer os meios para a prestação de serviços. O retorno da atividade de teletrabalho para o regime presencial deverá ser comunicado ao empregado também com 48 horas de antecedência (BRASIL, 2020 a).

Foi instituído o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, pelo qual se torna possível a negociação para redução proporcional do salário e da jornada, bem como, a suspensão do contrato de trabalho. Mencionado programa que surge na Medida Provisória 936 foi convertido na Lei nº 14.020/2020, em 06 de julho de 2020 (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

A redução proporcional do salário e da jornada poderá ser de 25%, 50% ou 70%, devendo o empregador comunicar tal redução em 10 dias ao Ministério da Economia, sob pena, de ter de pagar o valor integral do salário do empregado (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

Desta forma, quem tiver uma redução de 25% receberá 25% do valor do seguro desemprego correspondente à sua faixa salarial, quem tiver uma redução de 50% recebera metade do valor da parcela de seguro desemprego a que faria jus caso dispensado e quem tiver uma redução de 70% de seu salário receberá 70% do valor da parcela de seguro desemprego que lhe corresponderia. A redução poderá durar até 90 dias e, no caso de ser de 25%, poderá ser realizada mediante acordo individual entre empregado e empregador, sem a participação do sindicato, independente da renda do empregado (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

A suspensão do contrato de trabalho poderá durar até 60 dias e também deverá ser comunicada ao Ministério da Economia, no prazo de 10 dias, para que o funcionário receba o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda em valor igual àquele que receberia de seguro desemprego, caso dispensado. Nesse caso, o valor recebido pelo empregado é de 100% da parcela do seguro desemprego a que faria jus caso dispensado (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

As empresas cujo faturamento bruto no ano de 2019 foi superior a R$ 4.800.000,00 tem o dever de continuar pagando um auxílio aos seus empregados em valor correspondente a 30% de seus respectivos salários e, nesse caso, o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será de 70% do valor da parcela do seguro desemprego. Esse auxílio pago por essas empresas têm caráter meramente indenizatório, não repercutindo em verbas trabalhistas (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

Durante a suspensão do contrato de trabalho os benefícios como plano de saúde devem continuar sendo ofertados pela empresa e o empregado

poderá, caso queira, manter sua contribuição previdenciária, na qualidade de segurado facultativo. Caso o empregado não realize essa contribuição, o período da suspensão não será considerado para fins de aposentadoria (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

Para que ocorram as reduções de 50% e 70%, ou a suspensão do contrato de trabalho, é preciso, via de regra, negociação coletiva, sendo necessária a participação dos sindicatos. Apenas os empregados que ganham menos de R$ 3.135,00 ou que tenham curso superior e ganhem mais de R$ 12.202,12 (duas vezes o valor do teto dos benefícios do RGPS no ano de 2020) poderão realizar essas alterações por acordo individual escrito (BRASIL, 2020 b; BRASIL, 2020 c).

Em ambos os casos, suspensão ou redução da jornada e do salário, o empregado tem direito a garantia de emprego durante a suspensão ou redução e ainda, por igual período, depois de cessada a alteração.

A criação da presunção relativa de que o adoecimento do trabalhador por COVID-19 não é adoecimento laboral, salvo prova de nexo causal, por sua vez, imputa aos empregados um ônus da prova extremamente complexo de se desincumbir, tendo em vista que comprovar a origem da exposição a um vírus não é tarefa fácil. Levando em conta que os espaços de lazer encontraram-se fechados por muito tempo, a maior possibilidade de contaminação seria justamente o trabalho ou o caminho para este, principalmente quando tal caminho é percorrido por transporte público. Assim, de maneira mais acertada, a presunção correta seria exatamente o inverso da contida na Medida Provisória 927 (BRASIL, 2020 a).

O elastecimento da jornada de profissionais da saúde, ainda que em ambientes insalubres, para jornada 12x36, contribui para a exaustão destes profissionais que se encontram na linha de frente do combate ao coronavírus, sob intensa pressão. O cansaço laboral desses profissionais tende a estimular, por sua vez, o cometimento de erros e faltas que são prejudiciais à saúde dos pacientes e dos próprios profissionais (BRASIL, 2020 a).

Em várias dessas mudanças, tem-se a utilização do acordo individual para que patrões e empregados consigam manter os postos de trabalho ao longo da pandemia sob o pretexto de se evitar o desemprego em massa. Entretanto, numa relação hierárquica e subordinada como a relação de emprego, é inviável se acreditar que há uma equidade de forças que permita um efetivo diálogo entre as partes, de modo que a vontade do empregador acaba sempre prevalecendo em relação à vontade do empregado.

Além disso, a obrigatoriedade da participação dos sindicatos para algumas mudanças mais importantes traz à tona a importância dos sindicatos que foram extremamente prejudicados com a lei 13.467/2017, conhecida

como reforma trabalhista, que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical, deixando esses entes com dificuldades financeiras.

É importante destacar que todas essas alterações temporárias na legislação trabalhista, oriundas das Medidas Provisórias em caráter de urgência são, via de regra, lesivas ao empregado e, por isso, vedadas pela lei. A concessão de férias com antecedência de apenas 48 horas sem remuneração prévia impede que os empregados possam se organizar minimamente para fruir de algum lazer e descanso a fim de se refazerem do ano trabalhado.

Conforme Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2018, p.166), é impossível, por força do artigo 7º, XVII, se falar em concessão de férias no ordenamento jurídico brasileiro sem se falar no pagamento destas. É o pagamento do terço de férias e das próprias férias, antecipadamente, que dão ao trabalhador a mínima capacidade econômica de fruir do seu descanso.

A facilitação da instituição de banco de horas e a antecipação de feriados, por sua vez, retira do empregado qualquer ingerência sobre seu tempo, impedindo assim a gestão das relações sociais e do lazer.

A instituição compulsória do regime de trabalho remoto, sem a necessidade de um adendo contratual, não leva em consideração as peculiaridades dos trabalhadores que podem não ter um local adequado em suas residências para o desempenho de sua atividade e nem um mobiliário que previna o adoecimento laboral.

Além disso, é importante destacar que uma série de custos que antes corriam por conta da empresa como energia elétrica, passam a ser custeados pelo próprio trabalhador que assume parte dos riscos do negócio, desconsiderando-se o princípio da alteridade.

O prazo de transformação do regime de trabalho presencial para o trabalho remoto e vice-versa, de apenas 48 horas, também se mostra completamente incompatível com a organização que o empregado precisa para se programar minimamente.

Questões como reorganização da agenda familiar, cuidado com os filhos e afazeres domésticos no geral precisam ser revistos antes dessas alterações, demonstrando assim que o prazo de 48 horas é insuficiente para tal.

As reduções de jornada e salário, bem como, a suspensão do contrato de trabalho, também são medidas drásticas ante as quais, mormente quando o sindicato se faz dispensável pela lei, o empregado se vê acuado sem perspectiva de se impor ante a vontade patronal. As alterações salariais que podem ser advindas dessas alterações também rompem a estabilidade financeira dos empregados, justamente num momento de maior necessidade e instabilidade.

O que se observa neste momento é uma análise econômica do Direito do Trabalho, desacompanhada de uma análise humana. A redução da proteção

concedida pelo Direito do Trabalho àqueles que se encontram em um vínculo formal de emprego corresponde a uma efetiva redução do próprio Direito do Trabalho e com isso, desencadeia uma série de prejuízos a curto e em longo prazo.

Todas essas alterações buscam diminuir o custo da relação de emprego para as empresas, no entanto, prejudicam os empregados e enfraquecem o Direito do Trabalho. Sem dúvida, a manutenção de empregos é medida necessária para o governo brasileiro, no entanto, é preciso pensar se a redução do Direito do Trabalho é o melhor caminho para esse fim, o que se discutirá no próximo tópico.

## 4 IMANÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO À DEMOCRACIA

O Direito do Trabalho é um espaço de luta e resistência, porque traz importantes ferramentas, sejam normativas, principiológicas ou interpretativas. Essas ferramentas viabilizam a luta pelo combate às desigualdades sociais, para defender a democracia, os direitos individuais e coletivos.

Quando se fala em Direito do Trabalho, muitos o relacionam apenas a ideia de proteção do trabalhador individual, quando, na verdade, seus aspectos ultrapassam a seara singular, protegendo, de certa forma, a coletividade e a sociedade. O Direito do Trabalho busca, ao proteger o trabalhador, promover e proteger a dignidade humana, para conceder àqueles que são empregados condições de vida digna.

A constitucionalização do Direito do Trabalho, ou seja, a inserção de suas normas e princípios na Constituição demonstra o reconhecimento de que ele é um direito vinculado à dignidade humana, à justiça social, à cidadania e à democracia (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., 2017, p.88).

Pode-se traduzir o Direito do Trabalho como sendo num conjunto de regras e princípios que disciplinam a relação entre capital e trabalho, na perspectiva da promoção e proteção da dignidade humana, e também, na construção da justiça social, mediante liberdade, cidadania e democracia (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., 2017, p.83).

Não se pode examinar essa seara do direito sem pensar em seu efeito político. Ora, “ele é político e ideológico”. (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., p. 96). O Direito do Trabalho tem vários efeitos sociais, se traduzindo também em um vetor de distribuição de renda e, distribuir renda, é distribuir poder. Por isso, ele é estritamente político e ideológico.

Qualquer análise que não leve em consideração a complexidade do Direito do Trabalho será superficial. Não se pode pensar em Democracia sem falar em direitos trabalhistas, pois ambos estão vinculados à realidade social.

O Direito do Trabalho é limite ao poder econômico e diretivo, sendo um freio dosador da exploração do homem pelo capital. Todo direito reconhecido ao trabalhador é um contra poder, tais como o salário mínimo, a jornada máxima e o respeito à liberdade sindical. Todos esses são exemplos que traduzem essa correlação de forças entre capital e trabalho (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., 2017, p. 99).

A Constituição em seu artigo 1º apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social do trabalho:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V - o pluralismo político. (Destaque nosso). (BRASIL, 2020).

No que lhe diz respeito, o valor social do trabalho é citado com a finalidade de assegurar dignidade e bem-estar social no cenário do Estado Democrático de Direito brasileiro. No entanto, na sociedade capitalista, o trabalho é subordinado a dimensões de cunho econômico que acabam por impedir a sua efetividade, sujeitando os indivíduos aos ideais econômicos que impedem a realização da cidadania e da dignidade plena.

Percebe-se que o valor social do trabalho e a centralidade de suas normas no texto constitucional, contrapõe-se a realidade de exploração e precarização pelo capital ao trabalho humano. O valor social do trabalho é blindado pelo texto constitucional com intuito de proteção e com objetivo de se atingir uma democracia plena.

Esses direitos assegurados constitucionalmente reconhecem-se como instrumentos para a superação do completo domínio do capital no modelo neoliberal de fragilização dos direitos do trabalhador através da exploração e precarização.

O artigo 3º da Constituição traz as finalidades fundamentais da República Federativa do Brasil:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2020).

Vale ressaltar também o artigo 170 da Constituição, em seu caput e inciso VIII, que explana:

> Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; **VIII - busca do pleno emprego**; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil).

Tal artigo traduz-se na primazia do trabalho da atividade econômica, além da garantia a todos de uma existência digna (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., p. 95-97). Uma existência digna só será possível através de um trabalho digno e da valorização do trabalho humano.

Outro artigo que deve ser mencionado é o 186 da Constituição:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; **III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho**; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil).

Conforme se verifica, a democracia e a função social não se realizam sem o respeito ao Direito do Trabalho. O valor social do trabalho é um fundamento da República Federativa do Brasil, além de se constituir também um objetivo fundamental. Se a ordem econômica do Brasil é fundada na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna; se a função social é cumprida quando existe uma observância das normas que regulam as relações de trabalho; pode se concluir que não existe a democracia sem o valor social do trabalho. Logo, para se atingir uma sociedade livre, justa

e igualitária, deve-se respeitar o valor social do trabalho. Nas lições de Cléber Lúcio de Almeida e Wania Guimarães Rabêllo de Almeida (2017, p. 90):

> Os direitos fundamentais trabalhistas constituem pressupostos, garantias e instrumentos da democracia, o que decorre do fato de o Direito do trabalho criar as condições materiais e jurídicas necessárias para o exercício dos direitos a participação da classe trabalhadora na conformação da ordem econômica, jurídica, política, e social, ou seja, da cidadania (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., 2017, p.90).

Sem a valorização do Direito do Trabalho e todo seu complexo de normas e princípios, não existe democracia plena, nem vida digna. Entretanto, este ramo do direito vem sofrendo um processo de ataques e desconstruções, fruto das estratégias capitalistas, de modo a retirar poder dos trabalhadores e fortalecer seu domínio. Um exemplo contemporâneo é a lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, que alterou questões significativas da CLT.

O Direito do Trabalho encontra-se fragilizado, diante da pressão da classe empresária para flexibilização de suas normas e princípios, sob o discurso de que a CLT é muito antiga e rígida e que isto atrapalharia o crescimento e desenvolvimento do país. No entanto, faz-se necessário se questionar se o que de fato atrapalha o crescimento e desenvolvimento do País não é a desigualdade, a pobreza, a fome, o trabalho precarizado e degradante, o desrespeito aos direitos constitucionais e humanos trabalhistas e a concentração de renda.

A cada crise econômica se busca reduzir o Direito do Trabalho para proteger o capital, subvertendo o objeto protetivo desta seara do direito que é – ou deveria ser, a pessoa humana. O Direito do Trabalho tende a ser um dos primeiros setores no qual se busca uma redução do custo de produção, retirando daqueles que tem menos, ao invés de se analisar outros fatores produtivos que dificultam o crescimento econômico, tais como: custo de logística, transporte, carga tributária e aspectos burocráticos.

O que se vê hoje é uma Constitucionalização simbólica dos direitos trabalhistas e, portanto, um retrocesso na democracia. Simbólico porque embora a lei esteja positivada, ela materialmente não é cumprida. Nesse sentido:

> A "constitucionalização simbólica" alude a situações em que há inefetividade e ineficácia generalizadas dos dispositivos textuais constitucionais, de maneira que sua dimensão técnico-jurídica é preterida frente à hipertrofia da dimensão político-ideológica. Isso significa que a "constitucionalização simbólica" não é definida apenas por seu aspecto negativo – ausência de concretização constitucional –, sendo indispensável seu aspecto "positivo" – a saber, o papel

> político-ideológico que desempenha. Em casos de "constitucionalização simbólica", a diferenciação funcional entre direito e política não se realiza adequadamente. Como consequência, o direito perde sua autorreferência [...] (GOMES, 2017).

A constitucionalização simbólica é prejudicial, ocasionando um retrocesso, pois desregulamenta de forma sútil o direito já positivado. A constitucionalização é tão simbólica que durante o enfrentamento da pandemia com a edição das MP's nº 927 e nº 936, as normas asseguradas constitucionalmente são completamente esquecidas e o trabalhador fica desprotegido e cada vez mais vulnerável.

Nos ensinamentos de Cléber Lúcio de Almeida, existe uma espécie de mutação genética no Direito do trabalho que sendo criado para proteger o trabalhador, acaba tendo sua origem subvertida para proteger o capital:

> Fez-se todo este longo relato para demonstrar que o Direito do Trabalho tem, no seu DNA, a preocupação com a dignidade humana daqueles que vivem do trabalho (atuando no sentido de evitar a sua transformação em mercadoria), a cidadania e a democracia e que a sua mutação genética se dá com a sua transformação em instrumento de política econômica, com a consequente re-mercantilização do trabalho humano, e, ele próprio, em uma mercadoria no mercado global de leis e, no caso do Brasil, também moeda de troca na busca por apoio político. Deste modo, a mutação genética do Direito do Trabalho constitui o resultado da subversão do princípio da proteção e dos princípios dele decorrentes e, com isto, da sua finalidade e das funções fundamentais (ALMEIDA, C., ALMEIDA, W., 2018, p. 66).

Tais aspectos devem fazer valer refletir na situação do Direito do Trabalho no Brasil. A importância da efetivação do Direito do Trabalho, enquanto pressuposto de democracia, deve ser tida não apenas na individualidade dos Direitos trabalhistas, mas em todas as suas dimensões, seja humana, social, política ou ideológica.

A redução da eficácia, da abrangência e de direitos concedidos aos trabalhadores configuram mais do que uma redução no próprio Direito do Trabalho, mas, efetivamente, um ataque à própria democracia, posto que não é possível observar a existência desta sem mencionada seara do direito, conforme explicitado acima.

## 5 CONCLUSÃO

O que se observa de fato é que há um alto índice de constitucionalização formal do Direito do Trabalho no Brasil, tendo em vista que existem várias

normas de caráter trabalhista no texto constitucional brasileiro, entretanto, é preciso se analisar pormenorizadamente a constitucionalização substancial dos direitos trabalhistas e, por esta, se entende a efetivação do Direito do Trabalho no país.

Em um momento de crise econômica e social no Brasil, como o enfrentado em decorrência da pandemia de COVID-19, percebe-se que muitas vezes os mais necessitados foram relegados à sua própria sorte. A pouca preocupação estatal não permanece apenas no seu caráter omissivo, no sentido de não pensar em programas de auxílio que sejam efetivos, como também tem um caráter ativo com a edição de Medidas Provisórias que prejudicam os trabalhadores e reduzem a sua proteção trabalhista e os seus direitos.

A facilitação da negociação entre empregados e empregadores e o estímulo aos acordos individuais, têm, na desigualdade entre os polos que os celebram, um grande problema, incorrigível por natureza: patrões e trabalhadores têm preocupações distintas. Enquanto patrões visam o lucro para a acumulação de capital, empregados buscam apenas alimentar suas famílias. Assim, o poder de barganha não se iguala.

Ao mesmo tempo em que uma série de questões que beneficiam empresários são pensadas nas Medidas Provisórias, outras tantas questões que inquietam os trabalhadores ficaram a esmo. O trabalhador pertencente aos grupos elencados como de risco não teve um direito a se manter afastado de suas atividades, as mulheres com crianças em idade escolar, que contavam com os estabelecimentos de ensino para deixarem seus dependentes enquanto trabalhavam, não foram assistidas e o caos do transporte urbano que imputa risco aos trabalhadores não foi revisto. Destaca-se que estes são apenas exemplos das dificuldades enfrentadas por trabalhadores, sendo impossível descrever em um único texto todas elas.

Entretanto, a parte mais forte da relação empregatícia, o empregador, recebeu benesses legislativas para que sua perda financeira fosse menor e mais facilmente contornada. Assim, percebe-se que os pratos da balança entre capital e vida encontram-se desequilibrados com a primazia do lucro sobre o trabalho e a dignidade de quem vive deste.

A constitucionalização formal do Direito do Trabalho no Brasil não foi suficiente para que regras que subvertem o princípio da proteção fossem criadas nas Medidas Provisórias 927 e 936.

O que se faz mister destacar nesse período é que diminuir os direitos trabalhistas por meio da retirada de direitos do trabalhador é atacar diretamente à Democracia. Sem Direito do Trabalho, cujo objetivo principal é promover a dignidade dos trabalhadores, é impossível se falar em Democracia porque é ele quem permite a liberdade do trabalhador, ainda que mínima,

impedindo sua coisificação. Sem o mínimo de liberdade não há de se falar em Democracia.

O caminho para o fortalecimento da Democracia, não só para enfrentamento de crises como a que assombrou a humanidade em virtude do número avassalador de mortos do COVID-19, é o fortalecimento e valorização do Direito do Trabalho para que esse atue como um vetor de dignificação da pessoa humana que trabalha, promovendo sua liberdade e, viabilizando assim o exercício da cidadania e da democracia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A Regra da Prevalência do Negociado sobre o Legislado na Perspectiva da Reforma Trabalhista: rumo à mutação genética do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das relações sociais e trabalhistas,** Brasília, vol IV, n. 03, set./dez 2018. Disponível em: http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/article/view/161/86. Acesso em 28 out. 2019.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. ALMEIDA, Wania Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição:** A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.

ALVARENGA, Darlan. Desemprego sobe para 13,3% em junho e país tem nova queda recorde no número de ocupados: país perde 8,9 milhões de postos de trabalho em apenas 3 meses com pandemia e número de ocupados no Brasil atinge menor nível da série histórica. **G1**. Economia. [*S.L.*]. 06 ago. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/06/desemprego-sobe-para-133percent-em-junho-diz-ibge.ghtml. Acesso em: 28 set.2020.

BERTORDO, Karolyne. 2020. **Covid-19: vacina obrigatória vira polêmica e pode parar no STF.** Disponível em: https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/covid-19-vacina-obrigatoria-vira-polemica-e-pode-parar-no-stf-1020 Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.020 de 06 de julho de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº

13.979, de 6 de fevereiro de 2020 c; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020 c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Medida provisória n. 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 a, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020 a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Medida provisória n. 936, de 1º de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 b, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 b, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020 b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no brasil**: com os comentários à lei nº 13.467/2017*,* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018*.*

FALTA **de saneamento básico dificulta combate à pandemia**. São Paulo, 08 mai. 2020, Atualidades. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/falta-de-saneamento-basico-dificulta-controle-da-pandemia. Acesso em: 15 jul. 2020.

FERREIRA, Marcelo Antônio. 2020. **Transporte público lotado aumenta a circulação do coronavírus pela cidade, alertam especialistas.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/transporte-publico-lotado-aumenta-circulacao-do-coronavirus-pela-cidade-alertam-especialistas-24524440?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo Acesso em 10 nov. 2020.

GOMES, D. F. L. Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 12, p. 442-471, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24821. Acesso em 01 out. 2020.

MAGNO, Alan. 2020. **Bolsonaro é eleito o "pior líder mundial" no combate à pandemia.** Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bolsonaro-e-eleito-o-pior-lider-mundial-no-combate-a-pandemia/ Acesso em 10 nov. 2020.

ORNANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. **Folha informativa covid 19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Brasília, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875.Acesso em 17 jul. 2020.

PRATHER, Kimberly A; WANG, Chia, C.; SCHOOLE, Robert T. Reducing transmission of SARS-CoV-2: Masks and testing are necessary to combat asymptomatic spread in aerosols and droplets. **Science Magazine**, Washington, vol. 368, issue 6498, p.1422-1424, jul. 2020. Disponível em: https://science.sciencemag.org/content/368/6498/1422/tab-pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

RISO, Leonor. **Um dos países mais pobres da Europa ajudou a Itália quando "países riquíssimos viraram as costas**". **Sábado.** Lisboa, 29 mar. 2020, Mundo. Disponível em: https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/um-dos-paises-mais-pobres-da-europa-ajudou-italia-quando-paises-riquissimos-viraram-as-costas. Acesso em: 13 jul. 2020.

ROLLEMBERG, Marcello. **Os efeitos da pandemia nos mais necessitados.** Disponível em: https://jornal.usp.br/radio-usp/os-efeitos-da-pandemia-nos-mais-necessitados/. Acesso em 01 out. 2020.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. 2020. **A dificuldade de o auxílio emergencial chegar em quem precisa.** Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/dificuldade-de-o-auxilio-emergencial-chegar-em-quem-precisa Acesso em 10 nov. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Coronavírus: **Senado aprova auxílio emergencial de R$ 600. 2020.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/30/coronavirus-senado-aprova-auxilio-emergencial-de-r-600. Acesso em 01 out. 2020.

UOL. 2020. **"Essas discussões políticas só atrapalham a confiança da população na vacina", avalia especialista.** Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/13547_essas-discussoes-politicas-so-atrapalham-a-confianca-da-populacao-na-vacina-avalia-especialista.html Acesso em 10 nov. 2020.

# AGEÍSMO E SELEÇÃO DE PACIENTES DURANTE A PANDEMIA

# AGEISM AND PATIENT SELECTION DURING PANDEMIC

Maíla Mello Campolina Pontes[1]

**RESUMO:** O presente artigo objetiva debater o ageísmo e a seleção de pacientes durante a epidemia de Covid-19, apresentando, para tanto, a origem e o significado da expressão. Por intermédio de uma revisão bibliográfica e análise documental, observa-se que, diante da omissão do Ministério da Saúde brasileiro e do Conselho Federal de Medicina, entidades de caráter privado definiram os critérios a serem observados para a destinação de recursos escassos. Mesmo existindo normas que vedam o emprego da idade como critério de discriminação, foi observado que esse preconceito não está de todo extirpado da realidade sanitária e do pensamento humano.

**Palavras-chave**: Ageísmo; seleção de pacientes; preconceito.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss ageism and patients selection during the Covid-19 epidemic, presenting, for this purpose, the origin and meaning of the expression. Through a bibliographic review and document analysis, it is observed that, due to the omission of the Brazilian Health Ministry and the Federal Medicine Council, private entities defined the criteria to be observed for the allocation of scarce resources. Even though there are rules that prohibit the use of age as a criterion for discrimination, it was observed that this prejudice is not completely removed from the health reality and human thought.

**Keywords**: Ageism; patient selection; prejudice.

[1] Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pelo Instituto de Educação Continuada, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista Capes.

## 1 INTRODUÇÃO

Mais uma página se virou. O tempo gasto para percorrer as palavras, até aqui grafadas, é senhor de si: segue seu caminho com passos firmes, sem olhar para trás.

O deitar dos dias é como um artesão paciente, que, no escuro da noite, sem que se faça observar, insculpe cuidadosamente o significado das horas em cada rosto. Não há extensão de existir que não seja percorrido pelos entalhes do tempo.

Dividir um recorte na história com uma pandemia trouxe reflexões de toda espécie. No chão de interrogações, não raro, erguia-se alguma conjectura sobre a duração de uma distância ou sobre a porção de vida capaz de se esconder em um minuto. Diante do ineditismo das mudanças que se fizeram necessárias, nas esquinas dos inúmeros questionamentos, estava alguma consideração acerca do valor do tempo.

O presente artigo se constrói nas imediações desses pensamentos, mas vai além, lançando o olhar para a ambivalência que reveste a duração das coisas. Se, por um lado, a pandemia fez com que a extensão de um momento fosse ressignificada, por outro, foi cenário que permitiu a formulação de acordo com a qual a idade de uma pessoa pudesse ser utilizada como critério balizador de eventual seleção de pacientes face à escassez de recursos.

Qual a lógica que subjaz ao descarte de uma existência, com base nos números empregados para representá-la junto ao tempo?

Por que razão, diante da efervescência causada pela insuficiência de respiradores durante a pandemia, rapidamente, pensou-se em deixar morrer aqueles que possuíam mais idade?

As reflexões ora semeadas têm por objetivo debater o ageísmo no Brasil, durante a pandemia da Covid-19, face aos critérios aventados para a alocação de recursos escassos. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica e documental, com o fito de demonstrar que, diante da omissão do Ministério da Saúde do Brasil e do Conselho Federal de Medicina – na fixação de diretivas específicas para o contexto de pandemia – Associações Médicas, Entidades Bioéticas e Hospitais Privados editaram protocolos que, de modo não uníssono, tiveram por objetivo estipular os critérios a serem observados, tratando de modo privado uma questão de saúde pública.

Por fim, após o revolver de um preconceito tão comumente replicado de maneira irrefletida, as próximas linhas têm por objetivo dar nome e, portanto, destaque à discriminação impingida à população idosa que, em virtude de sua vulnerabilidade, deveria ser alvo de tutela por parte dos aparatos normativos, sejam eles jurídicos ou não.

## 2 AGEÍSMO: DANDO NOME A UM PRECONCEITO

O termo ageísmo foi cunhado em 1969, por Robert Neil Butler (BUTLER, 1969), designando um preconceito existente desde muito, em eras nas quais se fazia notar, ainda que desprovido de um título dentro do qual se apresentasse.

O psiquiatra de 42 anos usou a expressão durante uma entrevista realizada pelo *The Washington Post* intitulada "*Age and race fears seen in housing opposition*", descrevendo a apreensão e angústia dos proprietários de casas em Chevy Chase, Maryland, no subúrbio de Washington, diante da decisão da *National Capital Housing Authority* (NCHA) sobre transformar um complexo de apartamentos em moradias públicas para idosos pobres, incluindo os afro-americanos.

O projeto sofreu oposição de moradores daquela comunidade, que, angustiados, temiam que Chevy Chase jamais voltasse a ser a mesma – se acolhesse esse público – denunciando um preconceito que se estruturava no tripé: idade, raça e classe social (ACHENBAUM, 2015).

Dentre os argumentos disseminados nas assembleias públicas e veiculados nos jornais da época, encontravam-se aqueles que diziam que "seriam abertas as portas para pessoas que não sabiam como viver"; que "favelas são formadas pelos tipos de pessoas que nelas vivem" ou mesmo que "alojamentos públicos eram necessários, mas não naquele momento e naquele lugar" (BUTLER, 1969, p. 243).

De acordo com Robert Butler (1969), as implicações da reação da vizinhança contra o uso da Regency House, no acolhimento de idosos pobres, estariam além de Chevy Chase. A clássica ou expiatória explicação para o preconceito se volta para o esforço inconsciente de justificar as próprias fraquezas encontrando-as nos outros – em outras raças, religiões ou nacionalidades. A insegurança pessoal, uma vez generalizada, tornar-se-ia a base para o preconceito e a hostilidade.

O ageísmo, ainda, de acordo com Butler (1969), refletiria uma inquietação profunda enraizada por parte dos jovens e da população de meia idade: uma repulsa pessoal e aversão ao envelhecimento, doença, deficiência, bem como medo da impotência, "inutilidade" e morte (BUTLER, 1969, p. 243).

Uma das conquistas de Robert Butler, que dedicou toda a sua carreira a estudar e criticar o ageísmo, consubstanciou-se na concessão de um significado a esse termo, que refletisse um sentimento de aflição. A expressão veio a ser incrustada no dicionário de inglês Oxford em 1969 e, após, em 2003, foi também referenciada na versão eletrônica desse mesmo dicionário (ACHENBAUM, 2015).

Para o autor, o ageísmo pode ser visto como um estereótipo sistemático e uma discriminação contra as pessoas, porque são velhas, assim como o racismo e o sexismo agem com relação à cor da pele e ao gênero.

O preconceito de idade se manifesta em uma ampla gama de fenômenos, em níveis individuais e institucionais: estereótipos e mitos, desdém e antipatia absolutos, simples e sutil evitamento de contato, bem como práticas discriminatórias relativas à habitação, empregos e serviços de todas as espécies (BUTLER, 1989).

No contexto brasileiro, Couto, Koller, Novo e Soares (2009), buscando identificar os tipos predominantes de discriminação contra idosos, aferiram, por meio de estudo realizado, que os contextos sociais e de saúde foram aqueles que apresentaram o maior número de situações nas quais o preconceito contra os mais velhos se fez refletido.

No âmbito social, a criação de estereótipos acerca da imagem do idoso, como sendo alguém necessariamente fragilizado, com potencialidades reduzidas, a caminhar para uma decrepitude, contribui para que as relações intersociais sejam marcadas por comportamentos que corroborem esse imaginário compartilhado.

As mensagens transmitidas pelos veículos midiáticos, sobre um padrão de beleza que se atrela ao vigor da juventude, robustece o temor pelo envelhecimento e antecipa a angústia de se ver refletido tanto pelo espelho, como pela opinião do 'outro'.

A medicalização da beleza sussurra a reação a aspectos fóbicos relacionados ao trabalho do tempo sobre o corpo, alimentando, desse modo, uma indústria que se alicerça sobre o flerte com a imortalidade.

Uma sociedade de consumo, por sua vez, mantém-se por intermédio da valorização da produção, sem a qual a engrenagem do sistema capitalista não se movimenta. A aposentadoria, vista como um alijamento do indivíduo dessa mecânica praticamente fabril, contribui para a perda de um papel social de maneira abrupta, reverberando não apenas pelos rincões emocionais daqueles diretamente afetados, mas reforçando a crença de que o idoso é um peso social.

No tocante à saúde, apesar de existir o senso comum de que alguns recursos possam não ser empregados em virtude da idade do paciente, afigura-se dificultoso lançar luzes sobre a questão, pois, para se trabalhar com a efetividade de tal prática discriminatória, far-se-ia necessário que os profissionais, nela envolvidos, admitissem esse comportamento.

Todavia, recentemente, existiram vozes que se fizeram audíveis sem que, necessariamente, houvesse uma confissão.

O contexto de pandemia e a reação que ele despertou nas pessoas possibilitou a superficialização de toda a sorte de sentimentos, inclusive, dos preconceitos.

Se, por um lado, falar sobre o ageísmo praticado nos bastidores hospitalares se fazia abstruso, como se fosse preciso tatear as sombras a fim de se colher certezas, por outro, a situação de escassez de recursos diante

do número de infectados ensolarou qualquer tentativa de ocultação desse preconceito, possibilitando, destarte, não apenas a reflexão acerca do tema, como, também, o desenvolvimento do presente artigo.

## 3 UM CENÁRIO DE PANDEMIA: O CASTIGO PARA A LONGEVIDADE

Em dezembro de 2019, uma doença respiratória aguda, causada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2), foi identificada, pela primeira vez, em Wuhan, na China.

Foi uma questão de tempo para que a Organização Mundial de Saúde declarasse o surto uma pandemia. As fronteiras geográficas não conseguiram barrar o contágio e, tampouco, o medo que ficou no seu rastro.

Os rostos que, inicialmente, eram conhecidos como as primeiras vítimas acometidas pela nova doença, rapidamente, foram substituídos por números, porcentagens. Identidades deram espaço a índices e, de repente, o mundo se via lutando contra uma ameaça invisível que, apenas, ganhava contornos quando se consubstanciava no óbito de algum conhecido.

Nesse cenário, verificou-se que a ventilação mecânica se fazia essencial no tratamento dos infectados mais graves, que apresentavam dificuldade respiratória.

Com o aumento do contágio e a ocupação crescente das unidades de terapia intensiva, começou-se a vislumbrar que os ventiladores se faziam insuficientes.

No ocidente, o impacto do novo coronavírus foi sentido, primeiramente, pela Itália. Em 21 de janeiro de 2020, foram confirmados os primeiros casos no país quando dois turistas chineses deram positivo para SARS-CoV-2 em Roma (SERVEGNINI, 2020).

No final de fevereiro, a Itália se tornou o país mais atingido da União Europeia. Em 9 de março, foi ampliado o estado de quarentena e medidas mais drásticas foram providenciadas, objetivando conter a propagação do vírus.

Nesse contexto, de aumento no número de infectados e de escassez de recursos, em especial, de respiradores, o jornal *The Telegraph* publicou, em 14 de março de 2020, a manchete de acordo com a qual os italianos acima de 80 anos seriam deixados para morrer naquele país oprimido pelo coronavírus (DI BLASI, 2020).

A notícia logo foi replicada por diversos jornais[2], fazendo-se presente em vários veículos de comunicação.

[2] Exemplos de notícias que ventilaram essa informação podem ser vislumbrados em: BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: Médicos podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai viver na Itália.

A discussão foi internalizada em outros países[3], e uma publicidade de intuito escuso começou a ser difundida, propalando a recusa de idosos quanto ao uso de respiradores, uma vez que já teriam vivido o bastante[4].

Não se pode afirmar que o abandono de idosos tenha, de fato, ocorrido na Itália. Porém, o que precisa ser alvo de reflexão está no motivo pelo qual, diante de uma eventual falta de recursos, o descarte de um ser humano, com base em um critério etário, poderia se afigurar aceitável.

A veiculação de uma notícia – em que um idoso prefere refutar o emprego de um respirador por já ter vivido o suficiente e, assim, disponibilizá-lo para alguém mais jovem – esconde uma motivação torpe. A publicidade, nesse caso, visa ao alcance de um efeito imitativo por parte de outros leitores mais velhos que venham a ter contato com a matéria, bem como provoca a exaltação daquele comportamento, como se, conscientes do alcançar de suas trajetórias, os idosos estivessem agindo conforme o esperado. Qualquer comportamento dissonante seria julgado como injusto. Desejar viver tornar-se-ia odioso, se vindo de alguém com determinada idade.

Ao se buscar pelos endereços que reproduziram essas notícias na internet, não é difícil encontrar uma justaposição de comentários endossando tais atitudes. Pessoas escrevem "amém", como se ver o outro constrangido a abrir mão da própria vida em virtude da idade fosse um desfecho tão grandioso como o encerramento de uma oração.

Se a pandemia oportunizou o exercício da empatia e a prática da solidariedade, ela, também, lançou um holofote para a essência do ser humano. Aquilo que, longe da adversidade, talvez, permanecesse à sombra, em confins da alma não alcançados pelo olhar, em tempos presentes, acabou por ser catapultado para além das fronteiras do 'eu', exteriorizando-se em comportamentos que conduzem ao questionamento sobre o que resta a alguém após o despir de sua humanidade.

A gerontofobia, que se esconde por trás dessas notícias, leva a elucubrações acerca do incômodo que a velhice causa em seus espectadores.

BBC News Brasil, Londres, 13 mar. 2020; VILHENA, Filipe; MENDONÇA, Cristina. Coronavírus na Itália: Infetados com mais de 80 anos serão deixados morrer. *Postal*, Algarve, 16 mar. 2020; RANDALL, Lila. Coronavirus-hit Italy warns those aged 80 or older 'will be left to die'. *Daily Mirror*, Londres, 16 mar. 2020.

[3] Inclusive, no Brasil, conforme se pode observar na matéria publicada no Portal UOL, por Azevedo (2020): Teich escolheria mandar velhos morrer *(sic)* em casa para reservar UTI a jovens?.

[4] Exemplos que obraram nesse sentido podem ser aferidos em: CORONAVÍRUS: morre padre que cedeu respirador a paciente mais jovem. BBC News Brasil, Londres, 24 mar. 2020; IDOSA de 90 anos com coronavírus abre mão de respirador: 'Eu já tive uma vida boa'. Extra, Rio de Janeiro, 31 mar. 2020.

A indigestão provocada pela senescência, mesmo que encampada pelo inconsciente, reflete-se em comportamentos denunciados no descuido das situações.

A pandemia trouxe, ao alcance do olhar e também das reflexões, o ageísmo praticado na área da saúde, e os protocolos publicados para balizar a eventual escassez de recursos refletiram aquilo que, até então, reverberava, somente, na invisibilidade não tangível do senso comum.

## 4 CRITÉRIOS PARA ADMISSÃO EM UNIDADES DE TRATAMENTO INTENSIVO

No Brasil, a admissão de pacientes em Unidades de Terapia Intensiva é balizada pela Resolução nº 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina. O referido documento estabelece que "os serviços de tratamento intensivo têm por objetivo prestar atendimento a pacientes graves e de risco, com probabilidade de sobrevida e recuperação, que exijam assistência médica ininterrupta, além de recursos tecnológicos e humanos especializados." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Em seu art. 1º, a Resolução esclarece que as admissões em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) devem ser baseadas em: "I) diagnóstico e necessidade do paciente; II) serviços médicos disponíveis na instituição; III) priorização de acordo com a condição do paciente; IV) disponibilidade de leitos e V) potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

No tocante à priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI), o art. 6º elenca os seguintes critérios norteadores:

> § 1º – Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.
>
> § 2º – Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.
>
> § 3º – Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica.
>
> § 4º – Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica.
>
> § 5º – Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses

> pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Logo em seguida, nos arts. 7º e 8º, respectivamente, a Resolução nº 2.156/2016 explica que os pacientes descritos como Prioridade 2 e 4, nos parágrafos 2º e 4º, do art. 6º, devem, prioritariamente, ser admitidos em unidades de cuidados intermediários (semi-intensivas), e os pacientes classificados como Prioridade 5, conforme descrito no parágrafo 5º do art. 6º, devem, prioritariamente, ser admitidos em unidades de cuidados paliativos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

O art. 9º, da referida Resolução, traz o Princípio da Não Discriminação, de acordo com o qual as decisões sobre admissão e alta em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) devem ser feitas de forma explícita, sem discriminação por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política, deficiência, ou quaisquer outras formas de discriminação (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Desse modo, no cenário brasileiro, existem diretivas estipuladoras dos critérios objetivos que deverão ser observados, quando da admissão de um paciente em uma Unidade de Terapia Intensiva, para o exercício legal e ético da medicina.

Ao menos formalmente, não se admite uma prática médica baseada em uma escolha intuitiva, como se os profissionais da saúde fossem Moiras[5], que decidem cortar o fio da vida suficientemente longo.

A eleição de um critério, unicamente etário, para a concessão de um recurso indispensável à sobrevivência de um paciente, parte de uma arbitrariedade para descambar em uma eugenia, inadmissível em um Estado que reconhece a igualdade de todos perante a lei e que tem o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos sobre os quais se alicerça.

Ainda, no tocante ao tratamento que deve ser dispensado aos idosos, imperioso salientar que a Lei nº 10.741 de 2003, que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu art. 3º, garante ser obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade,

[5] As Moiras, ou Parcas na Mitologia Romana, eram divindades do destino. Filhas da Mãe da Noite, a força mais antiga do Universo, provocavam medo nos mortais e tinham o respeito dos deuses, pois eram as responsáveis pelos fios da vida. Cloto era a Moira que tecia o fio da vida. Laquésis sorteava o quinhão de atribuições que se ganhava em vida, dividindo-o ao longo do fio. Já Átropos cortava o fio da vida, colocando um fim à existência.

a efetivação de direitos fundamentais. No dispositivo citado, mencionam-se, dentre outros, os direitos à vida e à saúde (BRASIL, 2003).

Na sequência, o art. 4º do Estatuto em tela estabelece que: "Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei." (BRASIL, 2003).

Especificamente, no que tange ao acesso à saúde, o Estatuto do Idoso afirma que:

> É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. (BRASIL, 2003).

Ocorre que a pandemia fez eclodir um número de infectados muito superior ao de recursos sanitários até então disponíveis. A quantidade de pacientes graves que precisou fazer uso de suporte ventilatório sobrepujava – e muito! – o quantitativo desses aparelhos.

Nesse cenário pandêmico, o Ministério da Saúde do Brasil e o Conselho Federal de Medicina permaneceram silentes quanto à estipulação de critérios relacionado à alocação de recursos escassos. Consequentemente, partiu de algumas entidades privadas e de alguns conselhos regionais a edição de protocolos que tinham por finalidade traçar uma orientação aos profissionais da saúde que atuassem dentro do âmbito de sua abrangência.

## 5 A IDADE COMO CRITÉRIO DE ESCOLHA DE PACIENTES

A despeito de existirem tanto um aparato normativo, dotado de coercibilidade, que visa a proteger os direitos fundamentais da pessoa idosa, como também critérios do Conselho Federal de Medicina, balizadores da admissão de pacientes nas Unidades de Terapia Intensiva, diante da escassez de recursos vivenciada na pandemia, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira – AMIB – e a Associação Brasileira de Medicina de Emergência – ABRAMEDE – propuseram um protocolo que incluía um modelo de triagem, com o fito de auxiliar os profissionais da saúde diante de decisões complexas, associadas à destinação de leitos de UTI e de ventiladores.

Em abril de 2020, o primeiro protocolo foi divulgado. No item que versava sobre os aspectos bioéticos dos critérios de triagem por ele adotados, foram selecionadas partes de diferentes diretivas internacionais, para que, a partir

da aglutinação de recomendações distintas (inclusive com critérios modificados em edições posteriores e não incluídos na criação daquele documento), fossem formuladas as conclusões que haveriam de ser observadas.

A redação mencionava que a alocação de recursos baseada, unicamente, em ordem de chegada ou atendimento seria inadequada (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020). Enfatizando a variação dos critérios empregados, a depender da recomendação, o documento selecionou como princípios mais sólidos "a priorização de pacientes com melhores chances de benefício e com maiores expectativas de sobrevida" (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020, p. 9), bem como a equalização da oportunidade de os indivíduos passarem pelos diferentes ciclos da vida (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020).

A passagem pelos diferentes ciclos de vida é identificada pela 'faixa etária' (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020). O protocolo menciona que, no modelo de Biddinson et al. (amplamente citado ao longo do texto e utilizado como referência), o critério etário não é utilizado para fins de pontuação da avaliação do paciente, mas, apenas, como critério de desempate. Em seguida, elucida que, no modelo de White et al. (também referenciado como parâmetro), a faixa etária figurou como método de avaliação em 2009. Porém, a versão de 2019 daquele modelo realizou a sua ablação como critério pontuador, indicando-o como fator de desempate entre pacientes.

Não obstante as considerações acima, o protocolo optou por considerar a idade de um paciente como critério de avaliação para o recebimento de um recurso em escassez, sob a justificativa de que, dessa maneira, estar-se-ia a considerar a "priorização de pacientes com maiores benefícios" (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020, p. 5).

O Protocolo da AMIB e da ABRAMED foi criticado por se pautar em um parâmetro discriminatório – a idade – para a realização da triagem de um paciente. Desse modo, após um processo de consulta a profissionais da saúde e do direito e de uma revisão realizada pela SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e pela ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos), uma nova versão do documento foi publicada.

O texto atualizado menciona que o ponto mais controverso da redação anterior havia sido a adoção da faixa etária como um dos três principais critérios de triagem:

> Compreendeu-se que este critério poderia ser discriminatório (e, portanto, inconstitucional) e que sua presença poderia comprometer a base de solidariedade que é característica da atenção em saúde. A retirada deste critério e a inclusão de uma medida de funcionalidade em seu lugar é a principal diferença entre as duas versões, além,

> claro, do maior refinamento quanto à descrição das bases legais que amparam o protocolo. (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA; SOCIEDADE BRASILEIRA DE GERIATRIA E GERONTOLOGIA; ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2020, p. 4).

Ao longo do texto, o protocolo dispõe, de maneira expressa, que a idade não deve ser usada como critério único de triagem e explica a sua substituição pelo critério da funcionalidade:

> No modelo de triagem em sua versão atual buscamos um critério alternativo à idade e que pudesse, sem impor viés discriminatório direto a nenhum subgrupo social, representar melhor o reconhecimento de que além da gravidade das disfunções orgânicas e da presença de co-morbidades a reserva fisiológica de um paciente também está associada a piores desfechos como mortalidade hospitalar e mortalidade a longo prazo [...]. Optamos por incluir no modelo de triagem uma medida de funcionalidade [...]. Esse é um instrumento validado e amplamente utilizado em oncologia e que busca quantificar a capacidade funcional física e capacidade de independência e auto-cuidado do paciente. (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA; SOCIEDADE BRASILEIRA DE GERIATRIA E GERONTOLOGIA; ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2020, p. 8).

Havendo empate entre pacientes, o protocolo elenca a menor pontuação no SOFA[6] e, em seguida, o julgamento clínico pela equipe de triagem.

A publicação da segunda versão do protocolo mencionado, que possui natureza de recomendação, não foi suficiente para aplacar todas as dúvidas que gravitam ao redor da seleção de pacientes. A questão relativa à idade, como critério a ser empregado, ou não, nessa triagem, levou alguns profissionais a provocarem os conselhos regionais de medicina.

Nesse sentido, o Conselho Regional de Medicina do Paraná – CRM/PR – emitiu dois pareceres[7], visando a orientar os profissionais que estão na linha de frente desses processos decisórios, face ao dilema sobre a alocação de recursos escassos.

---

[6] SOFA (*Sequential Organ Failure Assessment*) é a sigla que traduz um *score* para a avalição das disfunções orgânicas de um paciente.

[7] Parecer nº 2.809/2020 - sobre critérios para a justa priorização dos recursos médicos - e o Parecer nº 2.810/2020 - sobre a eventual escassez de ventiladores mecânicos durante a pandemia COVID-19.

O Parecer nº 2.810/2020, em sua conclusão, elenca respostas a questionamentos específicos feitos ao CRM/PR. Dentre os pontos abordados, esclarece:

> 4. Poderá ser adotado um simples critério de idade, como na Itália, na falta de respiradores, não entubar pacientes acima de 75 anos, para maximizar a quantidade de anos de vida dos pacientes mais jovens?
>
> Resposta: o critério de idade, de forma isolada, está vedado no art. 9º da Resolução CFM nº 2.156/16, que veda qualquer discriminação. [...]. 6. Poderá o serviço de saúde, ou o corpo clínico, indicar a retirada da ventilação mecânica de um paciente frágil e sem melhora, para poder salvar a vida de um paciente jovem e com melhores chances de sobrevida?
>
> Resposta: A eutanásia ou o suicídio assistido são vedados na legislação brasileira (C.E.M, artigo 41), além do CP. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ, 2020).

Diante de tantos dispositivos mencionados, verifica-se, pois, que – a despeito da existência de normas que resguardam os direitos fundamentais dos idosos e da vedação expressa, pelo Conselho Federal de Medicina, a qualquer prática discriminatória no acesso a UTIs – parece se fazer necessário um constante esforço hermenêutico para que uma pessoa não seja desvalorizada pela idade que possui.

A presença de uma vulnerabilidade, ao invés de justificar o direcionamento – por vezes, inclusive, prioritário – de recursos, atua como um catalisador para o seu descarte. O exercício da medicina, que é praticado por seres humanos, acaba por ser contaminado por sua infeliz falta de humanidade.

O que faz com que a velhice provoque tanto incômodo no 'outro', a ponto de ser repelida por comportamentos inúmeros, estejam eles albergados, ou não, pela consciência?

Talvez, o desprezo pelos mais velhos fale muito mais sobre aquele que o pratica do que sobre o indivíduo que se apresenta como alvo de seu comportamento.

Afinal, ao se repelir a velhice, o que se está buscando afastar?

## 6 POR TRÁS DAS MONTANHAS DO PEITO

Falar sobre o que habita os rincões emocionais do 'outro' é tarefa audaz, posto que auscultar as paredes da própria alma já se apresenta um desafio que, muitas vezes, sequer cabe na coragem.

A percepção do envelhecimento confronta o ser humano com a sua própria finitude. A ideia de uma existência que, a partir de determinado período da vida, involuiria até chegar ao fim provoca diastrofismos emocionais no mais valente dos mortais, afinal, se a morte é o limite imposto ao desembrulhar do existir, estar velho é o momento, no processo do viver, que mais aproxima o indivíduo desse desfecho.

> A consciência da própria deterioração põe fim à onipotência. Despojado da beleza e da saúde da juventude, de sua capacidade de produtor de bens e reprodutor de vida, o corpo, em declínio, acaba com a fantasia da imutabilidade e imortalidade. (GOLDFARB, 1998, p. 15).

O trabalho do tempo sobre a matéria é implacável. Todavia, essa assimilação, nem sempre, parte do próprio espelho. Por vezes, ao enxergar o 'outro' é que se avista o próprio crepúsculo.

> A destruição do corpo turva a sua imagem, sobretudo enquanto ele se consome. Obriga a sociedade a refletir sobre si e os homens a pensar em seus destinos. Evidencia suas vulnerabilidades. Para uma sociedade que se crê imortal, o espetáculo de degradação do objeto em que se vê não pode ser suportado. (RODRIGUES, 2006, p. 61).

A velhice, como fase tão temida, além das agruras que pode acarretar ao corpo físico e à memória, traz, ainda, a possibilidade de se experimentar a solidão. Viver muito seria, então, um convite a despedidas, seja pelo afastamento natural dos familiares, que se engajam no curso natural de rotinas e afazeres, seja pelo passamento daqueles cuja vida fez-se menos elástica.

Certo é que, na cultura ocidental, não se nasce preparado para morrer. Qualquer alusão a esse destino – venha ela do próprio reflexo ou da imagem alheia – causa desconforto.

Talvez, a repulsa de alguns por tudo que remete ao envelhecimento – incluindo-se, nesse caso, o próprio idoso – traduza uma negação: um mecanismo de defesa do ego para não lidar com uma realidade e suas reverberações.

Mas, pode ser, também, que as respostas não se amparem na psicanálise e pertençam a motivos outros que variem conforme o solo da essência de cada um. As hipóteses – singulares que são – hão de ser individualmente perquiridas.

O que, invariavelmente, precisa ser corrigido está tanto na significação atribuída à velhice, como no tratamento destinado aos idosos.

Não seriam necessários aparatos normativos se cada um trouxesse consigo o projeto de realização de iguais liberdades subjetivas. Contudo, enquanto as razões que tornam o ser humano responsável estiverem fora e, não,

dentro dele, será preciso semear dispositivos, denunciar os abusos e conferir os contornos àqueles que, naturalmente, são invisibilizados pela maioria.

## 7 CONCLUSÃO

O cenário de pandemia estampou a dificuldade na qual o número de infectados graves sobrepujava o de recursos indispensáveis à sua sobrevivência. Diante desse descompasso, um jornal publicou que, face à escassez de respiradores, os pacientes idosos, na Itália, seriam deixados para morrer. Na sequência, foram veiculadas matérias, que traziam exemplos de idosos que abriam mão da ventilação artificial, em prol de pacientes mais jovens, por já terem vivido o suficiente.

A despeito de existirem normas, que salvaguardam os direitos fundamentais da pessoa idosa, e uma resolução do Conselho Federal de Medicina acerca do direcionamento das UTIs, diante do caos que se implantou na área da saúde, foi formulado um protocolo, versando sobre a alocação dos recursos em escassez no atual contexto pandêmico.

Na primeira versão do documento, a idade foi utilizada como um fator desfavorável no acesso ao aparato de terapia intensiva. Após críticas sobre seu viés discriminatório, o texto foi revisado e substituiu o critério, outrora empregado, pelo da funcionalidade, visando aferir, destarte, a reserva fisiológica do paciente.

Longe de trazer respostas, o artigo objetivou perquirir possíveis razões que levariam alguns a terem repulsa por aspectos ligados ao envelhecimento.

Com o fito de delinear o ambiente das reflexões semeadas, foi trazido o significado da expressão ageísmo, bem como o contexto no qual ela se erigiu.

A tentativa de se fixar um critério unicamente etário para a seleção de pacientes diante da escassez de recursos mostrou que o preconceito com relação à idade se apresenta muito evidente, embora, pouco discutido.

A pandemia evidenciou que a idade, diante da escassez de recursos sanitários, ao invés de justificar uma maior atenção no tratamento dispensado ao paciente idoso, fez-se óbice à destinação de determinados aparatos de cuidado intensivo.

O ageísmo provavelmente está longe de ter fim, inclusive, por ainda carecer de maior visibilidade nas discussões que têm por pauta o preconceito.

Muito embora exista um árduo trabalho a ser realizado junto à ressignificação da velhice, acredita-se que, a cada obrar nessa intenção, estar-se-á mais próximo de um ideal no qual a idade não seja um obstáculo ao exercício e proteção de iguais liberdades fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ACHENBAUM, W. Andrew. A history of ageism since 1969. **Generations**: Journal of the American Society on Aging, v.39, n. 3, 2015, p. 10-16. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/26556123.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19**. São Paulo: AMIB, 2020. Disponível em: <https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA; SOCIEDADE BRASILEIRA DE GERIATRIA E GERONTOLOGIA; ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19**. São Paulo: AMIB, 2020. Disponível em: <https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio_-_Versa__o_2_-_Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

AZEVEDO, Reinaldo. Teich escolheria mandar velhos morrer *(sic)* em casa para reservar UTI a jovens? **UOL**, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/04/17/teich-escolheria-mandar-velhos-morrer-em-casa-para-reservar-uti-a-jovens.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: Médicos podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai viver na Itália. **BBC News Brasil**, Londres, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51864814>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Institui o Código do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BUTLER, Robert Neil. Age-ism: another form of bigotry, **Gerontologist**, v. 9, p. 243-246, 1969. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/geront/9.4_Part_1.243>. Acesso em: 22 out. 2020.

BUTLER, Rober Neil. Dispelling ageism: the cross-cutting intervention, **Annals of the american academy of political and social science**, v. 503, p. 138-147, 1989. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/000271628950300101 1#articleCitationDownloadContainer>. Acesso em: 22 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.156, de 28 de outubro de 2016. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. **Diário Oficial da União**: Brasília, 17 nov. 2016. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=138&data=17/11/2016>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ. Parecer nº 2.810/2020. Escassez de ventiladores mecânicos na pandemia COVID-19. **Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná**: Curitiba, maio 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/2020/2810>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CORONAVÍRUS: morre padre que cedeu respirador a paciente mais jovem. **BBC News Brasil**, Londres, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52021593>. Acesso em: 27 jul. 2020.

COUTO, Maria Clara P. de Paula; KOLLER, Sílvia Helena; NOVO, Rosa; SOARES, Pedro Sanchez. Avaliação de discriminação contra idosos em contexto brasileiro – ageísmo. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 25, n. 4, p. 509-518, dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722009000400006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 22 out. 2020.

DI BLASI, Érica. Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus. **The Telegraph**, Londres, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

FREITAS, Edna Estelita Costa; SCHRAMM, Fermin Roland. Argumentos morais sobre inclusão/exclusão de idosos na atenção à saúde. **Rev. Bioét.**, Brasília , v. 21, n. 2, p. 318-327, ago. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422013000200015&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 22 out. 2020.

GOLDFARB, Delia Catullo. **Corpo, tempo e envelhecimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

IDOSA de 90 anos com coronavírus abre mão de respirador: 'Eu já tive uma vida boa'. Extra, Rio de Janeiro, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/idosa-de-90-anos-com-coronavirus-abre-mao-de-respirador-eu-ja-tive-uma-vida-boa-24341874.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

RANDALL, Lila. Coronavirus-hit Italy warns those aged 80 or older 'will be left to die'. **Daily Mirror**, Londres, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.mirror.co.uk/news/world-news/coronavirus-hit-italy-warns-those-21702596>. Acesso em: 27 jul. 2020.

RODRIGUES, José Carlos. **O tabu do corpo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2006.

SERVEGNINI, Chiara. Coronavírus, primi due casi in Italia «Sono due cinesi in vacanza a Roma» Sono arrivati a Milano il 23 gennaio. Corrieri Della Sera, Milão, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.corriere.it/cronache/20_gennaio_30/coronavirus-italia-corona-9d6dc436-4343-11ea-bdc8-faf1f56f19b7.shtml>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VILHENA, Filipe; MENDONÇA, Cristina. Coronavírus na Itália: Infetados com mais de 80 anos serão deixados morrer. Postal, Algarve, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://postal.pt/sociedade/2020-03-16-Coronavirus-na-Italia-Infetados-com-mais-de-80-anos-serao-deixados-morrer>. Acesso em: 27 jul. 2020.

# AS ELEIÇÕES COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EM TEMPOS DE CRISE

# ELECTIONS AS AN INSTRUMENT FOR PARTICIPATORY DEMOCRACY IN TIMES OF CRISIS

Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim[1]
Layne Barbosa de Faria[2]

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988, que recebeu a alcunha de Constituição Cidadã, após o arcabouço de uma história repressiva de ditadura militar, tutelou por bem um núcleo de garantias que engloba desde a forma federativa do Estado até o voto secreto, universal e periódico. O que possibilitou o maior período de estabilidade democrática no Brasil, aliada aos direitos sociais, todavia, foi ameaçada em decorrência da pandemia do Sars-Cov-2, colocando em voga a necessidade de imposição de medidas restritivas dos direitos sociais e individuais, inclusive a necessidade de modificação do calendário eleitoral municipal de 2020. Alvitrando-se a possibilidade de até mesmo ocorrer a prorrogação dos mandatos eleitorais em curso. Entretanto, sendo as eleições o símbolo de uma democracia representativa, e estando esse direito amparado pelo núcleo rígido da CF/88, seria possível mudar a regra do jogo eleitoral em razão do estado de exceção em que nos encontramos em prol do bem comum, sem que rompamos com o paradigma do Estado Democrático de Direito? É o que buscamos elucidar no presente artigo.

[1] Mestranda no PPGD da PUC/MG. Pós-Graduada em Ciências Criminais – *Lato sensu* – pela Faculdade Arnaldo de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito de Empresa – *Lato sensu* – pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte. E-mail: gcmf.bonfim@gmail.com.

[2] Aluna da disciplina isolada de Estado de Direito e Estado de Exceção no PPGD da PUC/MG. Pós-graduanda em direito eleitoral – *Lato sensu* – pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: laynebf@hotmail.com

**Palavras-chave:** Constituição Federal de 1988. Estado Democrático de Direito. Eleições. Estado de Exceção. Pandemia. Covid-19.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988, which received the nickname of Citizen Constitution, after the framework of a repressive history of military dictatorship, protected by a core of guarantees that encompasses from the federative form of the State to the secret, universal and periodic vote. What made possible the longest period of democratic stability in Brazil, however, it was threatened as a result of the Sars-Cov-2 pandemic, putting in place the need to impose restrictive measures on social and individual rights, including the need to modify the 2020 municipal electoral calendar. even the extension of the current electoral mandates occurs. However, since elections are the symbol of a representative democracy, and this right being supported by the rigid core of CF / 88, it would be possible to change the rule of the electoral game due to the state of exception in which we find ourselves in favor of the common good, without do we break with the Democratic Rule of Law paradigm? It is what we seek to clarify in this article.

**Keywords:** 1988 Federal Constitution. Democratic Rule of Law. Elections. Exception status. Pandemic. Covid-19.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia do SARS-Cov-2 (Covid-19) apresenta desafios sem precedentes na história da humanidade. Aliado a tudo isso, as eleições municipais deste ano, o aventar da possibilidade da extensão do atual mandando por mais dois anos, bem como o adiamento das eleições em razão da pandemia, estão calcadas em um cenário de muitas incertezas, não apenas por causa da saúde da população, mas também por temor à democracia brasileira.

A Democracia, como organismo vivo da nossa sociedade, também está sentindo os efeitos do combate à pandemia, agigantando-se a visibilidade dos sintomas do coronavírus no nosso país.

O ano eleitoral apresenta um ambiente favorável para que os efeitos danosos do vírus possa ser deletério à democracia. Os impactos são observados e vivenciados, principalmente, pelos embates odiosos, e muita das vezes, supérfluos entre os Poderes. Além disso, percebe-se ataques insanos às Instituições e a Democracia. Ademais, as vaidades imensuráveis daqueles que deveriam atuar de forma pacificadora e conciliadora.

Nesse contexto, a justificativa do tema decorre em razão da pandemia, e, como consequência, a tentativa de mitigar diversos direitos fundamentais,

especialmente, em razão do estado de exceção instalado por causa da doença, merecendo, dessa forma, a discussão do tema.

Portanto, tem como objetivo demonstrar que é indispensável a ocorrência das eleições, a fim de seja concretizada a democracia participativa.

Esse contexto, considerações e conclusões é o objeto central do presente estudo, sistematizado em dois capítulos.

Num primeiro momento, serão realizadas considerações da democracia participativa, como elemento constitucional, advindo num contexto da 3ª dimensão de direitos fundamentais, na sequência do trabalho, será abordado o importante instrumento das eleições, sem prescindir dos relevantes aspectos da periodicidade do voto para a concretização da democracia.

Nesse sentido, ao reconhecer nas eleições, o instrumento constitucional de instauração e concretização da democracia, faz-se uma análise crítica de uma possível extensão dos mandatos e do adiamento das eleições.

Por fim, a relação entre as partes anteriores integra o raciocínio, para demonstrar de que modo a efetiva participação do cidadão, como a utilização de instrumentos hábeis, como o voto periódico, além de permitir a efetivação de direitos fundamentais, não permite a instalação de um estado de exceção permanente, bem como aprimora a democracia.

## 2 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E ELEIÇÕES

### 2.1 Origem, conceito e percurso

*"A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo"*, Abraham Lincoln. Começamos a abordagem do que é democracia com esse inserto histórico. Mas em seu sentido etimológico, o que é democracia?

Segundo Alessandro Nicoli (2020, p. 118), o nome democracia é resultado da junção das palavras gregas *"demos"* (povo) e "*kratos*" (poder), resultando na democracia como o "poder do povo".

Já na obra de Roberto Dahl (2001, p. 21), o termos "*kratos"* já recebe a alcunha de "governar". E mais, ele diz que foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia: demos*, o povo, e *kratos*, governar. Sendo interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, *demokratia* era utilizada por seu críticos aristocráticos como espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em quaisquer dos casos, *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas.

Diante disso, importa mais para este estudo, entender que poder não é sinônimo de governo, e democracia não significa governo pelo povo. Numa democracia pode haver no governo uma única pessoa ou um grupo pequeno, desde que o povo possa escolhê-lo e controlá-lo, ou seja, o povo retenha o poder. (MATTOS, 2020)

A partir daí podemos analisar a Democracia (o poder do povo) conjuntamente com a república (o regime da coisa pública, do bem comum), ideais altamente compatíveis segundo Alessandro Nicoli:

> Na verdade, nos regimes democráticos modernos é difícil pensar numa democracia que operaria sem os valores republicanos. Mesmo as monarquias constitucionais hoje tem como valor o respeito ao bem público – incorporam o espírito republicano – mesmo não sendo nominalmente repúblicas. Porém, esta relação não é necessária uma vez que é possível haver regimes democráticos e totalitários ou regimes republicanos e autoritários. (Mattos, 2020, p. 131)

Democracia é o regime em que o poder está com o povo, ou seja, em que todos mandam, e por isso é o canal de expressão dos desejos dos membros da sociedade – e estes não necessariamente são compatíveis com o bem público. A democracia é um regime que dá vazão aos desejos e é guiado pelas emoções. A república é o freio que coloca limites a estes desejos e emoções por meio da razão. (MATTOS, 2020)

Robert Dahl, inicia seu livro "Sobre a Democracia", dizendo que a democracia é discutida há cerca de 2.500 anos – tempo mais do que suficiente para reunir um bom conjunto de ideias sobre o qual todos ou quase todos possam concordar. Os 25 séculos em que tem sido discutida, debatida, apoiada, atacada, ignorada, estabelecida, praticada, destruída e depois às vezes restabelecida aparentemente não resultaram em concordância sobre algumas das questões fundamentais sobre a democracia. (2001, p. 12)

> O próprio fato de ter uma história tão comprida ironicamente contribuiu para a confusão e a discordância, pois "democracia" tem significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares. Por longos períodos na história humana, na prática, a democracia realmente desapareceu, mal sobrevivendo como valiosa ideia ou memória entre poucos. Até dois séculos atrás apenas (digamos, há dez gerações), a história tinha pouquíssimos exemplos de verdadeiras democracias. (DAHL, 2001, p. 13)

Fato é que a democracia como bem disse Robert Dahl (2001, p. 13), significou várias coisas em diferentes coisas em épocas diferentes. Como o

fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local (2001, p. 19). Então por volta de 500 a.C., parece terem ressurgido condições favoráveis em diversos lugares, e alguns pequenos grupos de pessoas começaram a desenvolver sistemas de governo que proporcionavam oportunidades bastante amplas para participar em decisões de grupo. Os avanços mais decisivos ocorreram na Europa – três na costa do Mediterrâneo, outros na Europa do Norte. (2001, p. 21)

Todavia, quando se discute a democracia, talvez nada proporcione confusão maior do que o simples fato de "democracia" referir-se ao mesmo tempo a um ideal e uma realidade (DAHL, 2001, p. 37)

Em verdade, a democracia proporciona oportunidade para: 1) Participação efetiva; 2) Igualdade de voto; 3) Aquisição de entendimento esclarecido; 4) Exercer o controle definitivo do planejamento; 5) Inclusão dos adultos. (DAHL, 2001)

E mais, a democracia apresenta consequências desejáveis: 1) Evita a tirania; 2) Direitos essenciais; 3) Liberdade geral; 4) Autodeterminação; 5) Autonomia moral; 6) Desenvolvimento humano; 7) Proteção dos interesses pessoais essenciais; 8) Igualdade política. Além disso, as democracias modernas apresentam: 9) A busca pela paz; 10) A prosperidade. (DAHL, 2001)

A democracia, ainda, tem pelo menos dez vantagens em relação a qualquer alternativa viável:

> 1) A democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos (p. 58); 2) A democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não podem conceder (p. 61); 3) A democracia garante a seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer alternativa viável a ela (p. 64); 4) A democracia ajuda as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais (p. 65); 5) Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha (p. 66); 6) Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima de exercer a responsabilidade moral (p. 68); 7) A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável (p. 68); 8) Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente elevado de igualdade política (p. 69); 9) As democracias representativas modernas não guerreiam umas com as outras (p. 70); 10) Países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não-democráticos (p. 71). (DAHL, 2001)

Contudo, a democracia não pode assegurar que seus cidadãos sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos, ou justos. Atingir esse fins

está além da capacidade de qualquer governo – incluindo-se um governo democrático. Na prática, a democracia jamais correspondeu a suas ideias, e é neste ponto que está a diferença. (DAHL, 2001)

Para entender a democracia que existe hoje é necessário entender a sua evolução e o motivo de certas características. O regime democrático mais famoso da antiguidade existiu em Atenas, onde os cidadãos decidiram diretamente sobre alguns assuntos reunidos em assembleia em um local público. (MATTOS, 2020)

> Este local em Atenas era a Ágora, uma espécie de praça central onde as pessoas de reuniam para fazer comércio e conversar. Esse tipo de democracia é chamado de democracia direta. No entanto, ao contrário do que alguns imaginam, a democracia direta não prescinde da necessidade de mandatários, que eram eleitos e cuidavam do cotidiano dos assuntos do governo. Note também que a democracia daquela época era muito restrita quando comparada aos padrões atuais: só podiam participar da Assembleia os homens acima de certa idade, enquanto que as mulheres, estrangeiros e escravos ficavam de fora, mesmo que compusessem a maior parte da população. (Mattos, 2020, p. 126)

Com o desenvolvimento da civilização ocidental e o ressurgimento de regimes democráticos na modernidade (à partir do século XVIII), Mattos (2020, p. 127) descreve que não era possível mais operar com a democracia direta.

> Ela poderia funcionar em Atenas, uma cidade com uma população pequena pelos padrões atuais, com poucos participantes e debatendo assuntos relativamente simples, mas não nas sociedades modernas, com sua grande quantidade de eleitores, largas extensões territoriais e assuntos de governo cada vez mais diversos e complexos. (MATTOS, 2020, p. 127)

A solução encontrada foi então eleger representantes para os quais são delegadas as tarefas de cuidar dos assuntos de governo em nome dos seus eleitores por um período determinado de tempo, enquanto os eleitores podem ocupar-se de seus assuntos particulares. Nasce assim a democracia representativa, que pode ser considerada uma adaptação aos tempos modernos. (MATTOS, 2020, p. 127)

Surge então no século XIX os 4 princípios pelos quais uma democracia moderna deve se estruturar, segundo Mattos:

> 1) Os governantes são selecionados por meio de eleições regulares. Este princípio afirma coisas distintas: só os representantes governam e são escolhidos mediante eleição.

> 2) As decisões dos governantes mantêm algum grau de independência em relação à vontade dos representados. Este princípio se coloca contra o mandato imperativo, ou seja, o representante eleito não tem obrigação de seguir as vontades populares e nem pode ser substituído antes do término de seu mandato. Isto é importante, pois confere um grau de liberdade ao representante, que pode ver a necessidade de tomar decisões impopulares, mas necessárias, para a administração do governo. Mas isso não é tão óbvio para a maioria das pessoas: muitos acreditam que o candidato eleito deve obedecer ao comando de seus eleitores, mesmo ao risco de levar a uma tirania popular.
>
> 3) Os representados podem manifestar livremente suas opiniões. Os representantes não podem controlar as manifestações das pessoas, mas deveriam leva-las em consideração se quiserem se reeleger. Para isto são fundamentais as liberdades de manifestação e de imprensa.
>
> 4) As decisões são submetidas a debate público em algum momento do processo de tomada de decisão. Nos sistemas democráticos modernos este debate público ocorre majoritariamente nos Parlamentos. (Mattos, 2020, p. 128)

Essas são as características das democracias modernas segundo o mesmo autor. Outra característica importante é a união dos valores democráticos com a doutrina liberal.

> A democracia e o liberalismo político combinam muito bem, mas estão preocupados com questões diferentes. Enquanto a democracia se preocupa em como o poder está distribuído (quem tem o poder), o liberalismo se preocupa com quanto de poder o Estado tem e em quais esferas pode usá-lo (os limites do poder). Estes dois focos fazem uma boa combinação, pois enquanto o liberalismo político defende os direitos civis e políticos necessários para a democracia, a democracia garante a participação da população nos assuntos políticos, o que irá proteger os direitos e liberdade fundamentais de uma eventual usurpação pelo Estado. (MATTOS, 2020, p. 129)

No Brasil, a democracia foi reinstalada em 1985 após 21 anos de regime militar autoritário, que deixava algum espaço para disputas políticas, mas de forma muito limitada e controlada. A democracia no Brasil andou por caminhos tortuosos até se firmar nos tempos atuais, mesmo que ainda tenha um longo caminho a percorrer. (MATTOS, 2020, p. 137).

Assim, é possível depreender que ao longo da caminhada da instalação do regime democrático, especialmente após o período militar, segundo Faria e Guerra (2019) é a criação de um arcabouço jurídico que servisse de esteio aos direitos da cidadania. A consolidação da democracia trouxe consigo uma

mudança de foco, pois a questão agora não se limita à defesa do regime democrático, mas se liga à qualidade da Democracia, isso é, a forma como são estabelecidas as relações entre a dimensão pública e a privada, com a inclusão efetiva da população nos processos de decisão, de modo a garantir a tomada de decisões políticas justas à luz dos interesses e perspectivas dos cidadãos.

## 2.2 A importância das eleições para a concretização da democracia

A Constituição Federal, ao dispor sobre os Direitos Políticos, no artigo 14, diz que "*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*". As características mais importantes do voto estão elencadas no art. 60, § 4º, inciso II da Constituição Federal, a qual trata dessas características como cláusulas pétreas, sendo elas que o voto é direito, secreto, universal e periódico. (BRASIL, 1988)

Desde o fim do regime militar e, sobretudo, tendo como marco histórico a Constituição de 1988, o Brasil vive o mais longo período de estabilidade institucional de sua história. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, o País conviveu com a persistência da hiperinflação – de 1985 a 1994 –, com sucessivos planos econômicos que não deram certo – Cruzado I e II (1986), Bresser (1987), Collor I (1990) e Collor II (1991) – e com escândalos em série, que incluem o dos "Anões do Orçamento", o "Mensalão", a "Operação Lava Jato" e duas denúncias criminais contra o Presidente em exercício, para citar os de maior visibilidade. A tudo isso se soma o trauma de dois *impeachments* de Presidentes da República eleitos pelo voto popular: o de Fernando de Collor, em 1992, com adesão majoritária da sociedade; e o de Dilma Roussef, em 2016, que produziu um ressentimento político sem precedente na história do Brasil (BARROSO, 2018a).

Todas essas crises foram enfrentadas dentro do quadro da legalidade constitucional. É impossível exagerar a importância desse fato, que significa a superação de muitos ciclos de atraso. O Brasil sempre fora o país do golpe de Estado, da quartelada, das mudanças autoritárias das regras do jogo. Desde que Floriano Peixoto deixou de convocar eleições presidenciais, ao suceder Deodoro da Fonseca, até a Emenda Constitucional n.º 1/1969, quando os Ministros militares impediram a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, o golpismo foi uma maldição da República. Pois tudo isso é passado (BARROSO, 2018a).

A democracia como bem disserta Fernandes (2017) é um regime no qual as posições centrais de governo são preenchidas segundo os resultados de eleições competitivas, livres, certas e justas. Esta definição possui dois

elementos centrais: posições centrais de governo e competição políticos por meio de eleições.

> As posições centrais de governo são os órgãos fundamentais das vida política de qualquer comunidade política – os postos responsáveis pela criação e pela execução das leis. Assim, para um regime ser democrático é necessário que o preenchimento das posições no corpo legislativo e no corpo executivo do governo seja realizado por meio de um método eleitoral. (FERNANDES, 2017, p. 104)

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1998 veda no art. 60, §4º, inciso II, a proposta de emenda à Constituição que tenha por objeto de deliberação a proposta de abolir a periodicidade do voto. Sendo, portanto, uma cláusula pétrea face ao princípio republicano. (BRASIL, 1988)

Partindo de uma interpretação, a literal, o dicionário Aurélio define como periodicidade aquilo que é "relacionado com o período que possui intervalos regulares". Por meio desse conceito, seria possível a alteração do tempo de mandato, a título de exemplificação, de 4 anos para 10 anos, tendo em vista que seria mantida a repetição em intervalos regulares, bem como não seria abolido o voto periódico.

Entretanto, não se pode levar a tamanha simplicidade a interpretação e compreensão da Constituição Federal.

Segundo dispõe o eleitoralista José Jairo Gomes (2020), a periodicidade das eleições significa que o direito de voto deve ser exercido de tempos em tempos. Esse direito, com previsão constitucional, decorre do princípio republicano, que impõe a rotatividade no exercício do poder político. Assim, em intervalos regulares de tempo, os cidadãos devem comparecer às urnas para votar e renovar a representação política.

Convém destacar que ainda de acordo com autor supracitado:

> Consoante observou Ruy Barbosa o que caracteriza a forma republicana não é propriamente a coexistência de três poderes, mas, sim, "a condição de que, sobre existirem os três poderes constitucionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os dois primeiros derivem, realmente, de eleição popular". Permita-se acrescentar: eleição popular e periódica. Pois, como se sabe, a nota diferencial da república em relação à monarquia não se assenta tão só no fato de o governante ser eleito (há exemplo de monarquia eletiva), mas, sim, na periodicidade das eleições, na temporalidade do exercício do mandato; na república, eleição é sempre um evento futuro e certo (GOMES, 2020, p. 71)

De tal modo, enseja demonstrar a importância do Princípio da Soberania Popular, exercida por meio do voto direto e periódico, pois este representou a

manifesta vontade do povo brasileiro em relação à implantação da forma de governo republicana no país. Esta vontade deu-se por meio de plebiscito, o qual se realizou no dia 21 de abril de 1993, conforme inteligência do artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Logo, prevalece a vontade maior do povo brasileiro, visto que a ausência de proteção incidiria em violação a essa Soberania, nos moldes do artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República.

## 3 PANDEMIA DE COVID-19, ELEIÇÕES E ESTADO DE EXCEÇÃO

A Sociedade mundial acordou para 2020 assombrada com um vírus que possui uma capacidade letal impressionante. Alguns meses depois, o modo de vida que cada pessoa tinha já não era o mesmo, em qualquer lugar. Atualmente, acorda-se buscando notícias sobre o "pico da pandemia", a quantidade de infectados, contando os desempregados e os impactos na economia, imaginando o dia a dia dos desassistidos, sentindo um aperto no peito pelas famílias em luto, buscando a tecnologia para interagir, e longe, muito longe, da vida normal de antes (PEREIRA, 2020).

A pandemia causada pela Covid-19 teve um impacto mundial, sendo um fato nunca visto na história recente da humanidade. Com a aparição do vírus no Brasil, vem sendo discutido, especialmente após a decretação do estado de calamidade pública pelo Governo Federal, quais os efeitos práticos dessa decisão e outras soluções que podem eventualmente ser aplicadas a situação.

Merece destaque o vírus no Brasil teve certas peculiaridades e "jabuticabas", porque segundo Souza Neto (2020) o cenário de conflito institucional deu lugar, em parte, à controvérsia a respeito das formas adequadas de enfrentar a emergência sanitária. Enquanto outras nações mobilizam o melhor de seus recursos para enfrentar a pandemia, o atual presidente insistia em diminuir a sua importância.

Mesmo em países cujos governos discordam, relutam (e se atrasam) em pôr em prática orientações científica que deram certo, de alguma forma – especialmente as esferas locais – realizaram macroações para conter a doença, interferindo diretamente no cotidiano das pessoas, a fim de minorar os impactos sociais que o adoecimento, a contaminação, as mortes, o isolamento, o desemprego causam (PEREIRA, 2020).

Diante desse contexto, apesar do desmerecimento da gravidade da pandemia pelo Presidente da República, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 15 de abril do corrente ano, por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida

Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento da Covid-19 não afastava a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Ou seja, ela representou uma nova interpretação do artigo 3º da Lei 13.979/2020, que passa a ser interpretado de acordo com a Constituição, a fim de deixar claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes. O Chefe do Executivo Federal pode deter a competência de definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, contudo deve ser observado a autonomia dos entes locais, pois do contrário estaria sendo afrontada o princípio da separação dos poderes. (STF, 2020)

Essa decisão contrapõe o entendimento que há longos anos o Supremo Tribunal Federal adotava, representando uma mudança de paradigma e fortalecimento do ativismo judicial que passou a desenvolver.

Faria e Guerra (2020) entendem que, excepcionalmente, através da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, começou-se a desenvolver, diante do estado de exceção, uma didática de se valer de normas e princípios constitucionais, para excepcionar alguns casos que lhes vendo sendo posto a julgamento.

Pelo que se pode perceber, o STF, neste momento de incertezas quanto às vicissitudes da pandemia de Covid-19, não tem titubeado em preconizar a autonomia dos entes federados, na definição e adoção de medidas de combate à propagação do vírus no âmbito de suas competências materiais e legislativas de saúde da população. (PEREIRA, 2020).

De tal modo, após essa decisão, estados e municípios, instituíram comitês de enfrentamento à Covid-19, e cada a um à sua maneira, implementaram medidas restritivas nos locais de sua competência.

Nesse cenário de crise profunda, um dos principais dilemas refere-se como deve ser e acontecer a gestão da coisa pública, de modo que mantenha um estado de normalidade e democracia.

Para enfrentar o problema de saúde pública decorrente da Covid-19 foram instituídas diversas medidas, dentre elas o isolamento social. Nessa conjuntura, entendeu que seria arriscado manter as eleições para as datas originais, sendo aventada a alteração das datas das eleições; e até mesmo a extensão dos atuais mandatos, medidas que serão analisadas no presente trabalho.

## 3.1 Alteração da data das eleições

A Constituição Federal estipula, em seu art. 29, II, que as eleições para prefeito e vereadores serão realizadas no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término dos seus mandatos. (BRASIL, 1988)

Diante da previsão constitucional das datas das eleições, qualquer alteração nessa matéria deve ser feita por meio de Emenda Constitucional. Nesse contexto, diante da necessidade das eleições municipais de 2020, da mudança no calendário devido à pandemia da Covid-19, por questões de saúde pública e sanitária, houve a edição da Emenda Constitucional nº 107/2020 de 02 de julho de 2020. Assim, conforme o art. 1º da referida emenda, as eleições municipais, incialmente, previstas para outubro de 2020 realizar-se-ão no dia 15 de novembro, em primeiro turno, e no dia 29 de novembro de 2020, em segundo turno. (BRASIL, 2020)

Convém destacar que até mesmo uma emenda à constituição deve respeitar o prazo de um ano para que passe a produzir efeitos. Isso se justifica dada a importância que a previsibilidade das regras do jogo eleitoral tem para a efetivação da democracia, de modo a evitar que eventuais maiorias se apropriem desses procedimentos a sua conveniência. A anualidade é um desdobramento da segurança jurídica na seara eleitoral.

Nesse sentido, em tese, houve a violação do princípio da anterioridade (ou anualidade) eleitoral, com previsão no art. 16 da Constituição. Para Gomes (2020), esse princípio determina a vigência imediata, na data da publicação, da lei que alterar o processo eleitoral. Mas, apesar de vigente, esta lei não possui eficácia plena e imediata, pois não se aplica a eleição que ocorra até um ano da data de sua entrada em vigor. Note-se que a lei entra em vigor, mas sua eficácia não teve início, em razão da incidência da regra da anualidade.

Silva (2013) aborda que a regra da anualidade tutela o processo eleitoral, e tem como escopo impedir mudanças casuísticas na legislação eleitoral que possam surpreender os participantes do certame em curso ou que se avizinha, beneficiando ou prejudicando partidos e candidatos. Com isso, enseja estabilidade, previsibilidade, confiança e segurança jurídica quanto às normas a serem aplicadas.

Entretanto, a questão do adiamento da data do pleito igualmente deve ser tratada com cautela. As medidas foram tomadas com o objetivo de conter a propagação do vírus nos dias de votação, não cabendo portanto falar em mitigação do princípio da anualidade eleitoral, mas sim da preservação da democracia.

Isso porque a aludida emenda promoveu alterações tópicas, exclusivamente nos pontos abordados, mantendo-se em vigor as demais normas do bloco normativo eleitoral naquilo que compatível com o novo calendário. Trata-se, pois, de emenda constitucional com caráter de temporariedade e aplicação exclusiva para o processo eleitoral municipal de 2020. Vale ainda dizer, a exegese do conteúdo dessas regras estabelecidas especificamente para o processo eleitoral de 2020 deve ser limitada a um juízo de compatibilização

entre a normalidade da competição eleitoral com mecanismos que assegurem o transcurso da campanha eleitoral e o exercício do voto dos eleitores com um mínimo de segurança para a saúde de todos (CASTRO; ZILIO, 2020).

Além do mais, a alteração foi por meio de uma emenda à constituição, precedida de amplo debate no Congresso Nacional, e não por simples decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Ademais, foi resguardado um calendário das eleições com tempo para o debate de ideias e da campanha eleitoral. Isso porque assegura povo, detentor do sufrágio universal, o direito de conhecer os candidatos, ainda que a campanha deva se dar em maior medida na internet e na televisão.

## 3.2 Extensão dos atuais mandatos

A ideia da prorrogação de mandatos fere um dos nossos princípios constitucionais mais basilares. O princípio democrático impõe que o poder pertence ao povo, que o exerce por meio de representantes eleitos para mandatos de duração pré-estabelecida. A temporariedade dos mandatos, de acordo com as regras já impostas, é o que garante a legitimidade dos mandatários. Sem isso, afasta-se da ideia de democracia e aproxima-se de um governo autoritário. (MENDES, 2020)

No entanto, se torna claro para a autora supracitada, que caso a proliferação do vírus se agrave de modo a comprometer a vida dos brasileiros, trará para o caso a colisão de direitos fundamentais: a segurança jurídica e o princípio democrático contraposto ao direito à vida e à saúde pública.

Por muito tempo, a subsunção do fato a norma foi o padrão na aplicação do Direito. Ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, na qual a premissa maior (os fatos), incide sobre a premissa menor (os fatos), produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma para o caso concreto. Esse tipo de raciocínio continua a ser fundamental para dinâmica do direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou direitos fundamentais (BARROSO, 2018b). Deve-se, portanto, ser feita a análise por meio da técnica de ponderação, onde os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. (BARROSO, 2010)

Nesse contexto, deve-se mencionar a lição do Ministro Luiz Roberto Barroso:

> A ponderação é a técnica que o direito concebeu para lidar com as tensões e colisões de direitos fundamentais entre si ou entre eles e outros bens jurídicos relevantes, protegidos constitucionalmente.

> Trata-se, não de um critério material para a solução de problemas, mas de um itinerário lógico de raciocínio, destinado a dar racionalidade e transparência à construção argumentativa feita pelo intérprete. A ponderação consiste em atribuir pesos diferentes aos elementos jurídicos e factuais em questão, de modo a definir qual o direito, bem jurídico ou princípio terá precedência na situação concreta em exame. Consequentemente, ele não tem a pretensão de eliminar a subjetividade do intérprete. O que ele faz é explicitar o percurso lógico decisório (BARROSO, 2018b, p. 510).

Em matéria de colisão de direitos, tem-se que esses não se excluem mutuamente, mas devem ser aplicados na maior medida possível. Assim, a única solução adequada seria aquela que alterasse de modo mínimo as regras do processo eleitoral, mas que conseguisse efetivar o direito à vida. (MENDES, 2020)

Prorrogar mandatos por dois anos não encontra guarida na ordem constitucional, mesmo diante de um estado de calamidade pública. Ao contrário, é inegável o cunho oportunista de uma proposta nesse sentido.

> Muito mais do que a mera rotatividade de governo ou a alternância no poder, elas simbolizam o essencial da democracia, ou seja, que o poder não se identifica com os ocupantes do governo, não lhes pertence, mas é sempre um lugar vazio que, periodicamente, os cidadãos preenchem com representantes, podendo revogar seus mandatos se não cumprirem o que lhes foi delegado para representar. Em outras palavras, a soberania é popular, como a própria palavra significa, pois, em grego, demos é o povo politicamente organizado e kratós, o poder; portanto, poder do povo (CHAUI, 2012, p. 149).

Isto posto, as eleições é uma das principais manifestações da soberania popular. O processo eleitoral é essencial para a concretização da soberania popular e do direito fundamental de sufrágio, bem como de manutenção e aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Além disso, permite o surgimento de novas ideias e troca constante de agentes políticos.

Por fim, o caráter opressivo e antidemocrático de intenções com os quais estão dotados aqueles que almejam a extensão do tempo no mandato é um grave risco a liberdade individual e coletiva, não sendo um momento singular e passageiro. E mais do que uma "exceção", é uma estrutura permanente que vem tornando-se regra nos Estados Nacionais da contemporaneidade.

## 3.3 Rompimento com o Estado Democrático de Direito?

Estabelecer quais são as medidas necessárias a serem adotadas em casos excepcionais, como é o caso da Covid-19, não é tarefa fácil para as

autoridades competentes. E com certeza, várias ainda serão as críticas tecidas a elas. Certas ou erradas só o tempo poderá confirmar, mas pelo que temos visto, para a contenção desse vírus – para muitos letal – as medidas de distanciamento social deram relativamente certo.

Nada obstante, para a efetivação da medida de distanciamento social, foi promulgada a Lei 13.979/20, dando azo à suspensão de diversas garantias individuais. No âmbito estadual e municipal, foram de igual forma adotadas medidas suspensivas de garantias individuais, como restrição de circulação de pessoas, de abertura do comércio de produtos não essenciais, etc. Tudo isso fez com o que o calendário eleitoral fosse alvo de críticas, pois dentro do contexto social de pandemia, como se realizariam as eleições municipais de 2020 sem que houvesse o risco de proliferação do vírus. Foi dessa forma que esse tema se tornou o grande "elefante branco" do Estado.

A constitucionalização dos estados de exceção é o veículo através do qual o Estado se auto habilita constitucionalmente a não respeitar os direitos constitucionais dos cidadãos. Encontramos aqui a expressão maior da ideia básica, mas essencial, de que o direito (constitucional) possibilita e reforça o poder. Se a função dos direitos fundamentais é garantir a autonomia das diferentes esferas sociais diferenciadas, então a sua suspensão em estado de exceção é a forma de permitir, circunstancialmente, uma (re)politização total da sociedade. (TERRINHA, 2020)

É bem verdade que no contexto constitucional as medidas excepcionais são perfeitamente possíveis de serem adotadas, desde que haja moderação e ponderação na aplicação ou restrição de princípios, sejam de ordem coletiva ou individual.

Segundo Weber (2013), é importante salientar que as situações de emergência são exceções e não invalidam a lei, mas indicam que ela não é absoluta. O direito de emergência representa, certamente, um avanço em relação à filosofia moral kantiana, pois prevê a possibilidade de abrir exceções em casos extremos.

Para Alexy (2008), o conceito de restrição a um direito parece familiar e não problemático. Que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma ideia natural, quase trivial segundo ele. O problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na distinção dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações.

O contraponto à competência do cidadão é a competência do Estado ou de seus órgãos. Nesse ponto, as normas de direitos fundamentais entram em jogo como normas negativas de competência. Uma norma negativa de competência é uma norma que restringe uma norma positiva de competência. (ALEXY, 2008)

Do mesmo sentido, não há como estabelecer o caráter absoluto dos princípios constitucionais, pois antes da mais nada, eles devem acompanhar a evolução da sociedade, que não é engessada. Eles devem ser passíveis de relativização, ainda mais em situações de excepcionalidade, como é o caso da mais recente criação legal para tratamento de crises epidemiológicas – Decreto nº 10.212/2020. E, eles devem resguardar direitos maiores: o direito à vida.

Ao ser promulgado o Decreto nº 10.212/2020 – resultado de estipulação do Regulamento Sanitário Internacional de 2005 – se tornou possível a supressão de direitos individuais em prol da coletividade. Citamos por exemplo o caso do princípio da autonomia privada. Ela é garantia constitucional, mas em vista do bem comum, é possível de ser relativizada. Vejamos: uma pessoa pode escolher ter ou não tratamento médico – é a disposição do direito ao próprio corpo muitos diriam – mas se essa mesma pessoa que se nega a passar por um tratamento médico em tempos de sobriedade social, negar tratamento médico quando for constatado a contaminação pelo vírus SARS-CoV-2 – em uma situação evidentemente excepcional – o Estado tem que intervir e impor a essa pessoa o devido tratamento médico, pois sua negativa coloca em risco a vida de muitos, e coloca em xeque a capacidade do Estado de garantidor do direito à vida – uma de suas principais atribuições.

Foi por essa razão que tanto se falou em adiamento das eleições municipais de 2020. A razão de ser desse empasse englobou o risco perene de contaminação de muitos pelo ato cívico de ir às urnas para eleger seus representantes para o próximo mandado eleitoral.

Porém, caiu-se em um abismo muito mais profundo. Pois não poderia apenas ser adiado o calendário eleitoral por um simples Decreto, como foram vários dos direitos sociais e individuais nesse período. Mesmo que por medida extraordinária não se pode ferir o núcleo democrático da Constituição Federal. Por isso, foi necessário bastante diálogo entre profissionais das áreas da ciência, do Direito Eleitoral, como do Congresso Nacional, para se estabelecer o adiamento das eleições municipais de 2020. Até que se chegou em um consenso, e a tão famigerada Emenda Constitucional 107, oriunda da aprovação da PEC 18/2020 foi criada.

Consoante a essa decisão, valemo-nos das lições de Robert Alexy (2008) para dizer que no âmbito das restrições, é recomendável iniciar a resposta com uma observação geral: “Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”.

Desta feita, o artigo 16 da Constituição Federal deveria ser modificado antes de se decidir o futuro do calendário eleitoral de 2020, pois ao estabelecer que “a lei que alterar o calendário eleitoral só poderá entrar em vigor um

ano após sua promulgação", não comporta exceções. Como diz Robert Alexy: "*o grau de generalidade de regras é relativamente baixo*" (ALEXY, 2008, p. 87).

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008)

Por isso foi necessário a elaboração de uma emenda constitucional, a EC 107 de 02/07/2020, publicada no DOU em 03/07/2020, para alterar o texto do artigo 16 da Constituição Federal: "*Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos*". (BRASIL, 2020)

Com essa alteração foi possível flexibilizar o calendário eleitoral para comportar o adiamento das eleições municipais de 2020.

Mas essa alteração procedeu à uma ruptura com o Estado de Direito? Para alguns autores, como Luís Heleno Terrinha parece que sim, pois entende que no momento em que o Estado se encontra a adotar medidas de reação a um vírus, a usual legitimação dos estados de exceção por apelo à linguagem romântica da respectiva transitoriedade ordenada ao restabelecimento da ordem constitucional, é ferramenta desajustada à tarefa. (TERRINHA, 2020)

O mesmo autor ainda observa que assim como notou Foucault, *"um poder que tem por tarefa tomar a seu cargo a vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos".* Não podia ser mais evidente a tensão com as frequentes salvaguardas temporais dos estados de exceção constitucionais. (TERRINHA, 2020, p. 2)

Isso significa que o estado de exceção é por óbvio passageiro, não obstante, pode servir de mecanismos de usurpação do poder e rompimento com o Estado Democrático de Direito. Em um estado de exceção, se não houver procedimentos claros, públicos e prudentes, pode ser utilizado pelo detentor do poder, "o governante", como veículo de retirada do poder do povo com o intuito de se instaurar um regime autoritário.

No Brasil já vivenciamos esse fato com a ditadura militar, que a princípio foi fruído como a melhor medida momentânea a ser adotada para resguardar o Estado da ação comunista, tendo o apoio inclusive da grande maioria da população. Era para apenas instaurar a ordem, mas foi assenhorado pelos militares por longos anos. Até que a crise econômica, pressões diplomáticas, revolta do povo oriunda das medidas abusivas adotadas, fez com o que houvesse uma gradual distensão da ditadura. Porém, anos amargos foram vividos. Por isso o olhar cauteloso da sociedade é essencial para que as medidas de exceção por ora adotadas não sejam o fio condutor para uma ruptura com o Estado Democrático de Direito.

Agamben (2003, p. 18), em demonstração de algumas obras que registram a primeira vez o surgimento das transformações dos regimes democráticos, menciona que a partir do momento em que "o estado de exceção [...] tornou-se a regra" (apud et. al. Benjamin, 1942, p. 697), ele não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica.

O estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2003)

Sob espeque distinto, Agamben (2003) adverte que "a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele". Em outras palavras, a teoria da necessidade se torna o fundamento da teoria do estado de exceção. Em virtude da qual um caso particular escapa da obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular da aplicação literal da norma (AGAMBEN, 2003, p.41)

Trazendo esse entendimento à edição da EC 107, temos que a necessidade subtraiu um caso particular de aplicação literal da norma, qual seja, a produção de efeitos imediatos à sua publicação, que antes deveria obedecer o prazo de um ano para passar a produzir efeitos, suprimindo o princípio da anterioridade.

Entretanto, essa possibilidade vai além do fundamento da necessidade, ela diretamente incide no princípio segundo o qual toda a lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei *(vim et rationem legis)*; a medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação *(virtutem obligandi non habet)*. (AGAMBEN, 2003)

Mas mesmo partindo do pressuposto que a necessidade define uma situação em que a lei perde sua *vis obligandi*, Agamben (2003) articula que ela transforma-se no fundamento último e a própria fonte de lei.

O estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se como uma medida "ilegal", mas perfeitamente "jurídica e constitucional", que se concretiza na criação de novas normas. Porém, choca-se com tantas mais graves aporias quanto o fenômeno que deveria explicar. (AGAMBEN, 2003)

Em análise de alguns autores, Agamben (2003) completa que o estado de necessidade pode ser tido como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a remediar. Tal qual uma abertura de uma lacuna

fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade a situação normal.

Por esses motivos, dizer que o estado de exceção rompe com o paradigma do Estado Democrático de Direito não é versável se contiver em seu bojo um conteúdo de necessidade que se não observada, agride a manutenção do direito à vida da população. Através desse viso é possível vislumbrar a possibilidade de adiamento das eleições após a edição da EC 107, eis que mesmo sendo nítido que o princípio da anterioridade foi violado, não o foi arbitrariamente, eis que seguiu-se todos os procedimentos constitucionais para a concretização da EC em foco, não sendo uma decisão arbitrária e individual. Foi necessário um longo diálogo, com várias frentes representativas, para se chegar à conclusão de modificação do calendário eleitoral com aplicabilidade imediata.

Lado outro, se considerássemos a possibilidade de supressão do calendário eleitoral, com a prorrogação de mandatos e sem data efetiva de ocorrência das eleições municipais, caracterizaria uma abrupta violação ao princípio constitucional democrático.

Luís Heleno Terrinha admoesta que para além das salvaguardas organizatórias e procedimentais, a atuação do Governo não deixa de estar limitada ainda pela observância de um princípio de proporcionalidade (...). A que se junta, aliás, a responsabilidade do Estado caso sejam cometidas inconstitucionalidades ou ilegalidades. (TERRINHA, 2020)

Por essa razão, sem sombra de dúvidas, haveria um rompimento com o Estado Democrático de Direito se no escopo das medidas de exceção por ora adotadas, fosse aventada a extensão de mandatos.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluímos que a pandemia causada pelo vírus SARS- CoV-2, trouxe em seu bojo, além do risco perene a vida, uma mudança no cenário político e constitucional do Estado, impondo a efetivação de medidas excepcionais inéditas no contexto democrático brasileiro.

O histórico brasileiro é repleto de interposições aos direitos individuais e sociais, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se conseguiu foi um passo de importância para a efetivação de garantias que antes haviam sido suprimidas, mais intensivamente através da ditadura militar. Assim, a Constituinte de 1987, teve justamente o papel de estabelecer a segurança democrática e impedimentos à alterações bruscas da forma de Estado.

Vivemos o maior período de estabilidade democrática, que contudo foi ameaçado por um vírus novo, que impôs medo, crise econômica e institucional, tendo sido necessário o retorno de um estado de exceção, desta vez

distante dos estados de exceção costumeiramente conhecidos, mas para a contenção do vírus e efetivação da vida.

É uma situação inteiramente diferente, que necessitou de ineditismo por parte do Governo na criação de medidas preventivas e contentivas da pandemia da Covid-19. Dentre essas medidas, a que mais coloca em perigo a estabilidade democrática é a possibilidade de modificação da forma eletiva dos representantes municipais.

Temos pré-estabelecido no texto constitucional a periodicidade das eleições através de calendário eleitoral fixo. E a mudança dessa regra não é fácil de se realizar, pois se encontra no núcleo rígido da constituição, sendo necessário uma Emenda à Constituição para modificar esse calendário.

Nesse contexto, enfatiza-se que o voto e as eleições periódicas, além de constituir uma cláusula pétrea na Constituição Federal, é um instrumento responsável por garantir o efetivo exercício da cidadania pela população. Além disso, é um mecanismo para que a sociedade em geral possa fazer parte do funcionamento governamental, sendo instrumento para que se atinja a democracia.

E assim se realizou esse intento, através da promulgação da EC 107, que foi precedida de intensos debates de várias frentes representativas do governo. Mas essa modificação esbarrou na efetivação do princípio da anterioridade, que ao nosso ver foi corretamente relativizado em benefício da preservação da saúde da população, bem como da manutenção da democracia.

Dessarte, o processo eleitoral periódico oferece a devida representação popular, com a oportuna participação e renovação do poder político. Sendo portanto, a concretização da democracia, tendo em vista que as eleições periódicas é o meio pelo qual o povo determina as decisões políticas do país, por meio da soberania exercida pela população através do sufrágio universal e periódico.

Alterar o calendário eleitoral, preservando a temporalidade dos mandatos tal qual pressupõe a constituição, e efetivando essa medida através de mecanismos legais dispostos constitucionalmente é possível. Em um estado de exceção a supressão de uma norma em beneficio geral se vislumbra plausível, mas intentar prolongar mandatos através desses mecanismos, desenvolve uma linha tênue para o rompimento com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

BARROSO. Luis Roberto. **Trinta Anos da Constituição: A República que ainda não foi.** TOFFOLI, José Antonio Dias. In: 30 anos da Constituição Brasileira democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro Forense 2018a. p. 527-546.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2018b

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, de 05/10/1988. Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso e 20/10/2020.

BRASIL, **Constituição Federal**, de 05/10/1988. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/10/2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional 107**, de 02/07/2020. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm. Acesso em 20/10/2020.

CASTRO, Edson de Rezende. ZILIO, Rodrigo Lópes. **EC nº 107/2020: Breves comentários**. Disponível em: https://ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/9265/mod_resource/content/3/EC%201072020%20-%20breves%20coment%C3%A1rios.pdf. Acesso em 22/10/2020.

CHAUÍ, Marilena. Democracia e sociedade autoritária. **Comunicação & Informação**. v.15, n.2, p. 145-161, jul. – dez. 2012.

DAHAL, Robert **A. Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FARIA, Layne Barbos de; GUERRA, Arthur Magno e Silva. A ação popular como instrumento de combate à corrupção no estado democrático de direito. **Justiça Eleitoral em Debate**, v. 9, p. 94-107, 2019.

FERNANDES, Ivan Filipe de Almeida Lopes. **A democracia reduz a desigualdade econômica?** São Paulo: Editora UFABC. 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 16 ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2020

MATTOS, Alessandro Nicoli de. **O livro urgente da política brasileira**. 4ª Edição - Jan/2020. Edição da Amazon Kindle Direct Plublishing.

MENDES, Anna Paula Oliveira. A COVID-19 e as eleições municipais de 2020. **Justificando: Mentes inquietas pensam Direito**. 16 abr. de 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/04/16/a-covid-19-e-as-eleicoes-municipais-de-2020/>. Acesso em 09/11/2020.

SILVA, Rodrigo Moreira da. Princípios da anualidade eleitoral. **Revista Eletrônica da EJE**, Brasília, ano 3, n. 4. p. 12-14, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Pandemia, vidas, negócios e Estado de Exceção.** In: PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. (Org.). Constitucionalismo em tempos de pandemia. 2020, p. 59-79.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**, de 15/04/2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noOticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1. Acesso em: 25/09/2020.

TERRINHA, Luís Heleno. Estado de **Excepção Biopolítico e Suspensão de Direitos Fundamentais**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3592726. Acesso: 27/09/2020.

PEREIRA. Helena Maria Penna Amorim. **Crise sanitária, direitos sociais e responsabilidade pública.** In: PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. (Org.). Constitucionalismo em tempos de pandemia. 2020, p. 105-125.

WEBER, Tadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e dignidade da pessoa humana.** *e-book.* Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.

# AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE DEBATE DEMOCRÁTICO NAS DEMANDAS ENVOLVENDO POLÍTICAS PÚBLICAS

# PUBLIC HEARINGS LIKE DEMOCRATIC INSTRUMENTS IN TRIALS DISCUSSING PUBLIC POLICIES

Ana Cristina de Melo Silveira[1]
Paula Oliveira Mascarenhas Cançado[2]

**RESUMO:** A atuação do Poder Judiciário nos processos que envolvem políticas públicas gera bastante controvérsia na doutrina pátria. Nesse sentido, esta pesquisa parte do entendimento de Ada Pelegrini Grinover (2013) de que o Poder Judiciário possui legitimidade para implementar políticas públicas no bojo de ações judiciais e deve garantir um debate democrático nesses processos. A hipótese é de que as Audiências Públicas são um instrumento apto a proporcionar a dialogicidade necessária aos processos judiciais que implementam políticas públicas. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Audiências Públicas. Poder Judiciário. Políticas públicas.

**ABSTRACT:** The role of the Judiciary in demands involving public policies generates considerable controversy in the doctrine of this country. This research is based on Ada Pelegrini Grinover's (2013) understanding that the Judiciary has the legitimacy to implement public policies amid lawsuits. This research still has as its starting point, the statement that the Judiciary must guarantee a democratic debate in such processes. The hypothesis raised is that the Public Hearings are an instrument capable of providing the ability to

[1] Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas. Bolsista da CAPES. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Fundação Universidade de Itaúna. Professora. Advogada.
[2] Doutoranda em Direito Público pela PUC Minas. Bolsista da CAPES. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Fundação Universidade de Itaúna. Professora. Advogada.

dialog within the judicial demands to implement public policies. The adopted methodology was the bibliographic review.

**Keywords:** Public Hearing. Judiciary. Public policy.

## 1 INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional das políticas públicas é complexo, polêmico e bastante discutido na doutrina e nos Tribunais brasileiros. Vários trabalhos acadêmicos e decisões judiciais debatem a legitimidade, os limites e as possibilidades dessa intervenção.

Nesse sentido, as ações judiciais que têm como objeto matérias de interesse público ou metaindividual demandam uma nova postura do julgador e demais operadores do Direito. A ideia de juiz legalista e neutro não mais se assenta para as realidades do Estado Democrático de Direito. Assim, neste artigo, parte-se do entendimento de Ada Pelegrini Grinover (2013), de que o Poder Judiciário possui legitimidade para implementar políticas públicas por meio de ações judiciais. Além disso, não olvida as polêmicas e a necessidade de análise acurada sobre a própria legitimidade e limites desse Poder, mas reconhece que é preciso um procedimento adequado para essas demandas, no qual o magistrado efetive um diálogo interdisciplinar com os setores sociais envolvidos. Disso decorre a necessidade de saber como o Poder Judiciário pode efetivar esse procedimento dialógico.

A hipótese é de que as Audiências Públicas são um instrumento apto a proporcionar a dialogicidade nos processos judiciais coletivos voltados a implementar políticas públicas. O objetivo precípuo é demonstrar a importância da Audiência Pública como procedimento dialógico e efetivamente democrático no bojo dos processos judiciais que visam à implementação das políticas públicas. O tema possui relevância uma vez que várias demandas individuais ou coletivas que buscam a implementação de políticas públicas têm sido levadas à apreciação do Poder Judiciário, conforme será demonstrado ao longo deste texto.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica.

Para a discussão que ora se propõe, inicialmente, contextualiza-se o tema e demonstra a releitura que tem sido feita sobre a Teoria da Separação dos Poderes exigida pelo Estado Democrático de Direito. Consequentemente, uma nova relação entre os Poderes é delineada.

Em seguida, busca-se mostrar que, no âmbito do Poder Judiciário, paralelamente, o modelo tradicional de processo tem se revelado superado. Assim, tecem-se algumas características de um novo modelo descrito pela doutrina e já dotado por alguns Tribunais.

Após, evidencia-se que essas mudanças precisam ser permeadas por um diálogo democrático entre os Poderes, a Administração Pública e os diversos setores da sociedade. Nesse sentido, as Audiências Públicas despontam como um importante instrumento processual a fim de encontrar uma solução adequada para as demandas envolvendo políticas públicas.

Ainda, são feitos apontamentos acerca do uso desse instrumento no âmbito do Poder Judiciário. Por fim, são traçadas algumas conclusões sobre a utilização das Audiências Públicas pelo Poder Judiciário brasileiro.

## 2 O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A atuação crescente e positiva do Poder Judiciário na arena pública é um fenômeno inegável, decorrente de uma releitura da doutrina sobre a Separação dos Poderes e de uma demanda política e social.

Ada Pelegrine Grinover (2013), citando Oswaldo Canela Júnior, leciona que sempre que um dos Poderes compromete a integridade e a eficácia dos fins do Estado o Poder Judiciário deve atuar. A autora ressalta que a Teoria da Separação dos Poderes foi cunhada por Montesquieu na fase do Liberalismo, momento em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a limitação de sua ingerência na esfera individual. Naquele período, o princípio da igualdade formal foi percebido como a incorporação de direitos pelo indivíduo. Buscava-se a quebra de privilégios do clero e da nobreza (SADEK, 2013). A desigualdade social e o arbítrio dos governantes passaram a ser questionados. As disparidades foram entendidas como resultantes de um contexto social e estatal que poderia ser questionado e modificado.

Contudo, já no século XX, a concepção formal de igualdade não mais era suficiente, pois a realidade mostrava-se desigual, com as abissais diferenças econômicas e sociais, as quais não poderiam ser revertidas simplesmente por disposições normativas em sentido contrário ou pelo livre desenvolvimento das forças de mercado.

Assim, adotou-se a concepção de igualdade material, da necessidade de tratamento desigual para os que não são iguais, da importância do desenvolvimento de políticas afirmativas para a diminuição das desigualdades, as quais devem sofrer a ingerência concreta do Poder Público e da lei (SADEK, 2013).

Nesse contexto, desenvolveu-se o entendimento de que o Poder Judiciário também é responsável pela materialização do princípio da igualdade na realidade concreta e, para tanto, é necessário o acesso à justiça, direito sem o qual nenhum outro se concretiza.

Esse protagonismo judicial fez com que se abandonasse a ideia do juiz como aquele que apenas repete e aplica a lei, conforme se deu no Estado

Liberal de Direito, e se percebesse a função política do magistrado, responsável pela concretização de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem ser concretizados tendo em vista o que são e o que representam na vida das pessoas. Esses direitos são historicamente determinados e estão em constante evolução, estando expressos ou implícitos nos ordenamentos jurídicos, permitindo aos seus titulares, individuais ou coletivos, desenvolver seus projetos de vida com dignidade (CANÇADO, 2018).

A partir do momento em que se vincula o conceito de direitos fundamentais à noção de desenvolvimento de projeto de vida com dignidade, aceita-se a multifuncionalidade desses direitos, ou seja, o fato de terem funções que vão além da clássica de direitos de defesa dos cidadãos contra os Poderes Públicos (SARLET, 2003), afinal, é preciso muito mais do que isso para desenvolver um projeto de vida com dignidade. Eles passam a ser a bússola das ações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, parâmetro para o controle de constitucionalidade e para as decisões judiciais nos casos concretos (ALMEIDA, 2008).

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, que é o Estado da transformação da realidade social. Para que essa transformação ocorra, é preciso que os objetivos constitucionais fundamentais, que possuem força normativa e vinculante a todos os Poderes e à sociedade, sejam efetivados por meio de políticas públicas (ALMEIDA, 2008).

De acordo com Gregório Assagra de Almeida (2008), todos os Poderes estão igualmente vinculados, dentro de suas atribuições constitucionais, à promoção de políticas públicas que conduzam à efetivação dos objetivos fundamentais, o que, em última análise, passa também pela efetivação do direito à saúde.

Políticas públicas voltadas à saúde devem ser implementadas pelo Legislativo e pelo Executivo. Contudo, na prática, frente à inércia administrativa e legislativa, assistiu-se ao desenvolvimento de uma teoria que defende uma atuação mais contundente do Poder Judiciário, para que haja a efetivação desse direito por meio da judicialização das políticas públicas.

Nesse sentido, Carlos Alberto Simões de Tomaz (2011) afirma que o redirecionamento da crise, partindo daqueles Poderes para o Poder Judiciário

> decorre, nesse espectro, da assunção por este Poder de responsabilidades constitucionais afetas aos demais; quer atuando como legislador de terceiro grau, quer decidindo aspectos inerentes a políticas públicas, porque – e isso já assentamos – as mudanças sociais que se preconizam a partir do dirigismo constituinte periférico comportam a atuação dos mais variados seguimentos sociais ao lado do próprio Estado, apontando para um *pluralismo de ações* e um *pluralismo funcional*. (TOMAZ, 2011, p. 132-133).

O autor explica que esse deslocamento, que se tem chamado de judicialização da política, ocorre para que se concretizem os direitos humanos a partir do prisma da jurisdição. Projeta-se um pluralismo funcional, que tem conduzido a jurisdição a atuar em searas que vão além do modelo tradicionalmente concebido, ao escopo de ampliar o conteúdo e garantir a eficácia de direitos fundamentais e do núcleo essencial fundamental por meio de vinculação (controle formal e material) de ações às políticas públicas (TOMAZ, 2011, p. 134).

Por isso, como ressalta Maria Tereza Sadek (2013), nos últimos anos a atuação dos magistrados, desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal (STF), tem extrapolado a resolução de disputas de caráter individualista. Assim, as matérias levadas ao Poder Judiciário têm se ampliado, levando esse órgão a analisar desde matéria "relacionada a questões do dia a dia, a problemas de política pública, a temas que dizem respeito a coletividades, à sociedade como um todo" (SADEK, 2013, p. 2).

Além disso, a pesquisadora entende também que o protagonismo judicial encontra respaldo em sua função institucional e na amplitude dos direitos reconhecidos legalmente, concluindo que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível (SADEK, 2013, p. 2-3, 19).

Como nos tempos atuais busca-se a materialização do princípio da igualdade, ser igual significa que todos, igualmente, devem ter acesso à saúde e aos meios para a implementação desse direito.

Caso esse direito não seja ofertado por meio de políticas públicas ou se essas se mostrarem ineficientes, o cidadão, tendo em vista o direito ao acesso à justiça, pode recorrer ao Judiciário para ver a sua pretensão, como, por exemplo, o tratamento médico, o fornecimento do medicamento, a realização de determinada cirurgia acolhidos afinal, o artigo 196 da Constituição da República estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por outro lado, para o Estado se desobrigar da prestação relacionada à saúde, não basta a simples alegação de falta de recursos financeiros e, sim, a demonstração cabal da falta desses recursos.

Mas nem todos os juristas coadunam com o entendimento da judicialização das políticas públicas, ao argumento de não ser papel do Judiciário se substituir ao Administrador e dizer onde os recursos públicos serão alocados, mesmo que o discurso que justifique tal medida seja a concretização de direito fundamental, como a saúde.

Não se pode olvidar de que as decisões judiciais que deferem pedidos relacionados a um tratamento de saúde ou a um remédio possuem impactos para além daqueles casos em concreto, impactos que envolvem questões relacionadas à administração e à gestão (AMARAL, 2011).

Administrar não é função precípua do Judiciário, além do mais, esse Poder não está preparado para lidar com questões referentes à gestão, mas,

por outro lado, deve exercer o "controle de escolhas. Esse é um controle de processos, um controle da justificação das escolhas e, obviamente, o controle de sua execução, cabendo, aqui, a adjudicação das utilidades negadas" (AMARAL, 2011, p. 106).

Gustavo Amaral (2011) assevera que a decisão em um caso concreto nada mais é do que a aplicação do direito e, para essa aplicação, é necessário que se levem em conta as suas consequências para outros casos similares e que se tenha a noção de que os recursos financeiros são finitos. Nas palavras do autor:

> na *aplicação* é preciso ter em consideração o caso concreto. Ele inclui não apenas a necessidade relativa aqueles (sic)indicados ou referidos na demanda, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar (1) da enunciação como *regra* de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendidos e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros. O órgão que foi para um não vai para outro, o remédio que um recebeu o outro não toma, construído o centro de referência para queimados, os tuberculosos não serão atendidos. (AMARAL, 2011, p. 107).

Nas questões que envolvem o direito à saúde não se pode menosprezar a variável financeira. Os recursos são finitos, apesar das necessidades humanas serem infinitas. Quando o magistrado, em uma ação judicial, defere o pedido do autor para a concessão de determinado tratamento médico ou de um medicamento, o Poder Judiciário se torna "o alocador de recursos públicos" (AMARAL, 2011, p. 95) e o questionamento que necessariamente deve ser feito é qual o impacto dessa decisão nos cofres públicos, nas políticas públicas voltadas à saúde.

Edimur Ferreira de Faria e Fabrício Souza Duarte (2014) destacam que não se pode negar o custo existente para manter o sistema constitucional de saúde. Apesar da importância da análise financeira, os autores destacam que esse viés ainda não foi discutido com profundidade pela jurisprudência, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, que profere diversas decisões embasadas no raciocínio de que o direito fundamental à saúde deve prevalecer mesmo diante da alegação de falta de recursos financeiros por parte do Poder Público.

Contudo, atualmente, há uma forte corrente de pensamento que defende que o problema da judicialização de políticas públicas, referentes à saúde, passa, necessário e principalmente, por uma análise econômica e não meramente por raciocínios dogmáticos que não trazem, de fato, uma solução, uma vez que "nada mais fazem do que repetir normas postas na lei ou na

Constituição em uma suposta coerência lógico-dedutiva ou argumentativo-principiológica apresentada pelo doutrinador" (TIMM, 2011, p. 256).

Luciano Benetti Timm (2011) elenca algumas razões pelas quais o Direito deve, necessariamente, dialogar com a Economia: em primeiro lugar pelo fato de a Economia ser a ciência que descreve de maneira adequada o comportamento humano em interação com o mercado; em segundo, pelo fato de a Economia ser uma ciência comportamental de padrão científico; em terceiro, porque a Economia se preocupa com a eficiência do uso dos recursos sociais que são limitados frente às necessidades humanas ilimitadas.

A Constituição da República, no artigo 37, elenca como princípio da Administração Pública a eficiência. Nesse sentido, a Economia possui ferramentas para contribuir com a elaboração do planejamento adequado dos gastos públicos, para eleger o que é prioridade no gasto social e, assim, colaborar para que de modo eficiente os programas e metas relacionados às políticas públicas de saúde sejam atingidos (TIMM, 2011).

Colocadas todas as premissas acima, parte-se da afirmação de que o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar em matéria de políticas públicas, em especial nas relacionadas à saúde, mas para tanto é preciso compreender como deve ser o exercício da função jurisdicional no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 3 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO PROTÓTIPO TRADICIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário na seara das políticas públicas deve ser acompanhada por uma nova compreensão da função de poder e de um novo modelo de atuação de Poder.

Hoje o papel do juiz é diferente do formulado na Teoria da Separação dos Poderes (SADEK, 2013, p. 14-15). Além de superar a figura do juiz que é apenas a boca da lei para se tornar um ator político, é preciso superar o paradigma de processo que se encerra em si mesmo e possui como atores apenas as partes – autor e réu – e as provas trazidas por ela. Impõe-se reconhecer e buscar elementos que vão além do procedimento judicial tradicional para encontrar a melhor prestação jurisdicional para o caso concreto.

No caso das políticas públicas, essa compreensão ganha especial relevância, uma vez que as decisões judiciais têm potencial para afetar toda a sociedade, envolve a alocação de recursos escassos e a eleição de políticas a serem implementadas.

Por essa razão, Susana Henriques da Costa (2013) afirma que, no caso da judicialização das políticas públicas que envolvem direitos sociais, tanto

o processo quanto o magistrado devem se adaptar às especificidades advindas desses direitos, pois conflitos que envolvem a alocação de recursos públicos não podem ser decididos da mesma forma que os conflitos subjetivos privados. Assim, é necessário ao magistrado proferir uma decisão consequencialista.

Decisão judicial consequencialista, explica Costa (2013), é aquela que pondera seus efeitos materiais na sociedade, considerando as complexidades e dificuldades da sua execução, os limites jurídicos, fáticos e procedimentais, os impactos diretos e indiretos na sociedade e no Estado. Não olvida que a definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem afetar outros direitos sociais.

Além disso, a função judicial também precisa ser estratégica. A execução da decisão judicial é complexa, exigindo um alto grau de atividade cognitiva. Assim, o juiz deve traçar uma estratégia, um verdadeiro plano de atuação, incluindo a mediação entre as partes envolvidas, a fim de que sua decisão seja efetivamente implementada. Para tanto, é preciso também acompanhamento do cumprimento da decisão com flexibilidade e adaptações.

Nessa perspectiva, é fundamental que o magistrado adote uma postura mediadora, possibilitando a necessária interlocução entre as instituições envolvidas para o cumprimento da decisão da melhor forma possível (COSTA, 2013).

Em perspectiva semelhante, Camilo Zufelato (2013) ressalta que a natureza da decisão judicial sobre políticas públicas é jurídico-política, pois não há regra *a priori* aplicável ao caso. O juiz deve lançar mão de métodos decisórios peculiares, como a razoabilidade e a proporcionalidade. A decisão deve representar a melhor escolha segundo as políticas possíveis compatíveis com o Estado Democrático de Direito, a partir de princípios e da atividade criativa do juiz[3], "que deverá compor a lide construindo a forma de execução da política pública prioritária naquela dada situação" (ZUFELATO, 2013, p. 321-322).

Essa demanda por mudança de postura e de atuação por parte do Poder Judiciário quanto a processos que envolvam demandas coletivas não é novidade na doutrina.

Na década de 70, Abram Chayes (1976) também apresentou preocupação com as decisões das Cortes americanas em processos individuais que

[3] Acreditamos que não se pode atribuir à expressão "atividade criativa do juiz" utilizada por Camilo Zufelato (2013) o sentido de substituição do Poder Legislativo em sua atividade precípua, nem mesmo como sinônimo de discricionariedade do juiz. Ao contrário de uma atividade não legalista e positivista, entendemos que o autor se refere a uma judicância aberta a procedimentos eficazes que, mesmo não positivados e respeitando-se as garantias processuais constitucionais, são alternativas aptas para chegar à solução mais adequada possível.

vinham afetando a coletividade. O autor já afirmava que os litígios envolvendo direitos coletivos ou públicos precisavam de um procedimento adequado para suas especificidades, denunciando que a concepção tradicional de litígio estava ultrapassada.

Chayes (1976) apresentou as características de um novo modelo mais adequado aos litígios públicos, procurando demonstrar que a relação deixa de ser bipolar e imutável, há a necessidade de negociação e mediação por um juiz que atue como um administrador do litígio, inclusive na fase executiva, dando suporte às partes e aos *outsiders* (auxiliares do juízo). Assim, o autor entende que o juiz processante se tornou fortemente o criador e administrador de complexas decisões que acarretam efeitos em indeterminadas pessoas, requerendo que sua atuação continue na fase de execução[4]. Essa mudança necessária à resolução das demandas envolvendo políticas públicas impõe, portanto, uma participação democrática dos vários setores da sociedade afetados pela prestação jurisdicional. Somente por meio do debate entre sociedade, Poder Público, *experts* e todos aqueles que possam contribuir com informações é possível encontrar a melhor solução que compatibilize todos os interesses e variáveis que compõem a demanda.

## 4 O DEBATE DEMOCRÁTICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

O debate acerca das políticas públicas ganha tônica especial quando analisado sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático de Direito, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 121), trata-se de um modelo que sujeita o Estado ao império da lei, mas da lei que realiza o princípio da igualdade e da justiça por meio de igualização das condições daqueles que são socialmente desiguais, influindo diretamente na realidade social.

Para que se possa transformar a realidade social, tornando a sociedade cada vez mais homogênea em termos democráticos, é preciso que seja oportunizada, efetivamente, a manifestação de todos os ramos e setores do corpo

[4] "The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. The traditional adversary relationship is suffused and intermixed with negotiating and mediating processes at every point. The judge is the dominant figure in organizing and guiding the case, and he draws for support not only on the parties and their counsel, but on a wide range of outsiders – masters, experts, and oversight personnel. Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing relief, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge's continuing involvement in administration and implementation" (CHAYES, 1976, p. 1.284).

social. Por isso, é possível afirmar que a concepção de Estado Democrático de Direito está fundada principalmente na ideia de participação popular (COSTA, 2013, p. 452).

Como ensina Maria Teresa Sadek (2013, p. 4), "sociedades democráticas caracterizam-se, sobretudo, por formas de organização institucional que visam a combater o arbítrio e permitir a participação de cidadãos".

Carlos Alberto Simões de Tomaz destaca que os pressupostos filosóficos do Liberalismo e do Estado Social foram encampados pelo Estado Democrático de Direito. Contudo, a liberdade ganha novo sentido, o de liberdade participação. A participação do indivíduo passa a ser requisito de legitimidade para o exercício do poder. Sem adotar o modelo procedimentalista, o autor demonstra a importância da participação de todos os envolvidos para o "desvelamento do direito a partir da tradição, dos efeitos da consciência histórica, da cotidianidade, portanto, de cunho substancialista" (TOMAZ, 2011, p. 210).

Assim, nas demandas envolvendo políticas públicas, o debate amplo, aberto e democratizado não só legitima a decisão judicial, mas possibilita uma decisão mais adequada e exequível em termos práticos. O Poder Judiciário deve oportunizar a oitiva da sociedade, seja por meio de órgãos representativos, de *experts* e de todo aquele que possui algum conhecimento significativo sobre o objeto da demanda.

Roberto Omar Berizonce (2013), ao debater o tema das políticas públicas, coaduna com esse entendimento, afirmando que a intervenção judicial para a garantia de direitos em decorrência do conteúdo eminentemente público da jurisdição abre-se para novos modelos processuais e de gestão. Estes se caracterizam pela abertura de um diálogo amplo, típico dos conflitos coletivos que envolvem interesses públicos, para que seja possível a participação colaborativa tanto da Administração Pública, quanto dos entes envolvidos e do *amicus curae*. Dessa forma, o processo se torna um espaço aberto de democracia deliberativa, em busca de soluções.

Nessa perspectiva, a Audiência Pública destaca-se como instrumento importante para a solução de litígios com potencial de afetar grande parte da sociedade ou toda ela.

Por essa razão, Camilo Zufelato (2013, p. 323) salienta a utilização das Audiências Públicas no processo democrático como o meio que concederia legitimidade às decisões judiciais sobre políticas públicas, as quais seriam o reflexo do diálogo entre o magistrado, a sociedade e os especialistas de outras áreas, além da jurídica.

A experiência dos Tribunais, embora pequena e incipiente, tem corroborado a aptidão das Audiências Públicas para auxiliar no deslinde de demandas envolvendo políticas públicas.

## 5 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O diálogo democrático no âmbito do Poder Judiciário ainda é incipiente. A sociedade brasileira ainda sofre forte influência da cultura adversarial. Somado ao ensino antidialógico ministrado nas Faculdades de Direito do País (SANTOS, 2008, p. 74), a postura do magistrado e de todos os operadores do Direito acaba sendo afetada, dificultando o uso de métodos alternativos dentro do próprio processo, assim como para a solução de conflitos.

Mesmo assim, ao analisar o uso das Audiências Públicas no País pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, nas poucas oportunidades em que se utilizou o diálogo, restou demonstrada a sua importância e eficácia.

### 5.1 Audiências Públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal

As Audiências Públicas no âmbito do Poder Judiciário foram previstas há pouco mais de vinte e um anos no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, trataram do tema as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, as quais disciplinam o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Em seguida, elas foram inseridas no Regimento Interno do STF pela Emenda Regimental nº 29/2009 que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator do Supremo para convocá-las quando entender necessário o esclarecimento de questões de fato, com repercussão geral e interesse público relevante, a fim de ouvir o depoimento de pessoas com experiência ou autoridade sobre matérias determinadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2007).

Contudo, esse importante instrumento de diálogo com a sociedade somente veio a ser usado pela primeira vez pela Corte Suprema em abril de 2007, convocada pelo então Ministro Ayres Britto, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, que questionava dispositivos da Lei de Biossegurança (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2007). Desde então foram realizadas vinte e nove Audiências sobre temas variados.

Entre as matérias debatidas, estão questões ligadas ao Direito Ambiental, ao Direito Biomédico, à concessão de políticas públicas na área de saúde, à instituição de sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, às biografias não autorizadas pelos biografados, às candidaturas avulsas e à aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional para a obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de *Internet* estabelecidos no exterior.

Todas as audiências, com as respectivas informações sobre data de realização, matérias discutidas e participantes estão descritas no sítio do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, s.d.a).

Até o fechamento deste artigo, três Audiências Públicas estavam previstas para discutir, respectivamente, o funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e políticas públicas em matéria ambiental; responsabilização civil de provedores por conteúdo ilícito gerado por terceiros e juiz das garantias (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, s.d.b).

As Audiências Públicas realizadas desde 2007 parecem ser uma forma de resposta àqueles que têm pleiteado maior diálogo do Poder Judiciário com a sociedade. Por outro lado, foram realizadas no bojo de processos cujos temas ganharam grande espaço na mídia e arraigadas divergências entre setores da sociedade.

Seja qual for o interesse que esteja por detrás das realizações de tais audiências, não invalida o espaço público criado que, sem dúvida, vem fornecendo elementos que merecem ser considerados e devidamente sopesados (TOMAZ, 2011, p. 354).

De toda forma, a Corte já se manifestou pela importância das Audiências para o deslinde das demandas envolvendo políticas públicas. A título de exemplo, a análise do debate acerca da judicialização das políticas públicas no campo da saúde parece deixar claro que o diálogo com os vários setores da sociedade envolvidos na questão trouxe elementos importantes que acabaram por contribuir com solução de várias demandas.

O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a importância teórica e prática tomada pela questão e que ela passou a envolver não só os operadores do Direito, mas também gestores públicos, profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010a), convocou Audiências Públicas para analisar o tema, as quais foram realizadas nos dias 27, 28 e 29 de abril e 3, 4, 6 e 7 de maio de 2009 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009a).

Participaram dos debates gestores públicos, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União e dos Estados, acadêmicos, entidades e organismos da sociedade civil[5].

Os debates foram tão profícuos que o Tribunal reconheceu que, "após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010a, p. 22).

[5] É o que se observa dos deferimentos de habilitação para a audiência disponibilizada: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009a, 2009b.

Na análise das Suspensões de Tutela Antecipada nº 175, 178 e 244, como noticiado no sítio do próprio Tribunal, pela primeira vez, a Corte utilizou subsídios da Audiência para fixar orientações sobre a questão (PRESIDENTE ..., 2009).

A partir de então, novas compreensões sobre pontos cruciais foram formadas, criando-se parâmetros que passaram a nortear as decisões judiciais sobre o tema, como restou explicitado também nos acórdãos do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010a) e no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.944/PB (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010b).

Nesse sentido, um dos primeiros entendimentos que sobressaiu das Audiências foi o de que no Brasil o problema não é falta de políticas públicas, pois o que ocorre, na grande maioria dos casos, é interferência do Poder Judiciário para determinar o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Assim, fixou-se, como diretriz geral, que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia da política pública de saúde (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010a).

Outra diretriz que foi firmada, registrada pelo voto do Ministro Relator Gilmar Mendes a partir dos esclarecimentos prestados pelo diretor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pelo diretor do Instituto do Câncer de São Paulo, é a necessidade de averiguar se o medicamento ou tratamento pleiteado ainda está em fase de experimento. Nesse caso, a "omissão" do Poder Público justifica-se pela própria segurança do cidadão, não sendo possível obrigar o Poder Público a custear tratamentos experimentais, até mesmo porque não podem sequer ser comercializados.

Quanto aos tratamentos novos ainda não testados pelo SUS, concluiu-se que é preciso ter cuidado redobrado na apreciação da matéria, já que o conhecimento médico não é estanque e sua evolução rápida dificilmente é acompanhada pela burocracia administrativa. Assim, a inexistência de protocolo clínico no SUS sobre o tratamento não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, entendeu-se que o tratamento pode ser objeto de impugnação judicial, contudo se ressaltou a importância de instrução processual ampla (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010a).

Como se verifica, o diálogo com os vários setores da saúde não retirou a complexidade das demandas processuais sobre o tema. A análise do caso concreto ainda é imprescindível, assim como a manutenção do próprio diálogo em decorrência da evolução rápida da ciência. Mas a análise do acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 chama a atenção para a

importância dos diversos elementos colhidos na Audiência, os quais puderam reformular entendimentos da Corte e fixar algumas diretrizes para a análise de demandas futuras.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471 de 11 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de oito votos, entendeu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Sistema Único de Saúde. Excepcionalmente, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, caso comprovada a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para a aquisição. Por fim, o Supremo também entendeu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora (ESTADO ..., 2020).

## 5.2 Perspectivas acerca das Audiências Públicas no âmbito do Poder Judiciário

A partir das informações listadas no tópico precedente, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal tem se aberto cada vez mais para a adoção de Audiências Públicas. Como salientado, a primeira ocorreu em 2007 e, até agosto de 2020, 29 (vinte e nove) audiências já haviam sido realizadas, o que representa 2,2 audiências por ano. Espera-se que isso seja uma tendência tanto na alta Corte como em todas as instâncias do Poder Judiciário.

A doutrina, como já citado, também vem reconhecendo a importância desse instrumento processual. O legislador, seguindo esse caminho, vem reconhecendo a importância de alterações legislativas para sedimentá-las e trazer mais segurança jurídica a elas.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) contém alguns dispositivos prevendo a realização de Audiências Públicas nas hipóteses de ações que afetem um grande número ou um número indeterminado de pessoas, o que repercute nas demandas envolvendo políticas públicas.

Teresa Arruda Alvim esclarece que, quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015, o intuito era constitucionalizar o processo, buscando "deixar mais *visíveis* e a subordinação das *regras processuais à Constituição Federal*" (WAMBIER, 2011, p. 725).

A Audiência pública é um desdobramento da ideologia do Estado Democrático de Direito no campo do Direito Processual, no sentido de que os direitos fundamentais, além de arrolados, devem ser efetivados. Buscou-se a harmonização entre os princípios da segurança jurídica e o da efetividade (PINHO; CABRAL, 2012, p. 342-354). Ademais, a Audiência Pública amplia o

contraditório, o conhecimento da matéria em exame e a legitimidade constitucional democrática (BORGES, 2018, p. 97).

Os principais procedimentos previstos no CPC/15 que podem afetar as demandas por políticas públicas são o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 a 987 do CPC/15), o Incidente de Uniformização de Jurisprudência (art. 928, I, CPC/15), o Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 928, II, CPC/15) e normas referentes aos Precedentes Judiciais. Em todos eles está prevista a possibilidade de realização de Audiência Pública (art. 927, I, art. 983, §1º e art. 1.038, II, do CPC/15). Entretanto, o legislador não previu os critérios mínimos para o procedimento das Audiências Públicas, o que pode acarretar insegurança jurídica.

De toda forma, o Projeto de Lei nº 4.527 de 2019 (MARQUES, 2019) propõe a inserção do art. 386-A ao Título I do Livro I do CPC para estabelecer disposições sobre prazos, formas e meios de convocação para a participação dos interessados e a participação do representante do Ministério Público.[6] O projeto tem mérito por buscar garantir, expressamente, a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida. O legislador também se preocupou com o estabelecimento de prazo mínimo para a convocação por edital para a participação na Audiência Pública. Da mesma forma, dispõe que a audiência deve ocorrer em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, preferencialmente não coincidentes com o horário normal de expediente comercial, assim como em locais de fácil acesso. Entretanto, possibilita ao magistrado que coordena o procedimento que limite o direito de participação. Melhor seria que restassem previstas diretrizes mínimas para tal limitação, a fim de evitar subjetivismos ou restrições desarrazoadas.

A tendência de uso das Audiências Públicas para a resolução de demandas envolvendo direitos coletivos e públicos em geral também ocorre em outros países da América Latina.

Francisco Verbic (2013), por meio da análise da decisão da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, na causa Mendonza, Beatriz e outros contra o Estado Nacional e Outros, destaca a relevância da Audiência Pública em ações coletivas envolvendo políticas públicas.

A ação teve como causa remota a contaminação do rio Riachuelo na região de Mendoza. O autor descreve a complexidade da demanda que envolveu a esfera ambiental e social, debatendo políticas públicas como as de saúde, empregabilidade e navegação marítima. A diversidade de atores sociais afe-

[6] Na data de fechamento deste trabalho, o Projeto de Lei nº 4.527/2019, já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados e se encontrava no Senado, aguardando a designação de relator.

tados pelos temas debatidos, assim como os vários direitos fundamentais envolvidos, impedia uma solução pela via do Direito Processual tradicional.

Por meio da análise da demanda coletiva, ficou demonstrado como o amplo debate envolvendo o Poder Público, a sociedade e empresas tem aptidão para evitar o prolongamento da fase de execução da decisão judicial ou a própria ineficácia do provimento jurisdicional. Para tanto, o autor destaca o importante papel das Audiências Públicas na resolução das demandas coletivas como instrumento dialógico que possibilita maior transparência, publicidade e garantia do devido processo legal às pessoas envolvidas em tais demandas (VERBIC, 2013).

Roberto Omar Berizonce (2104) também ressalta o uso de Audiências Públicas na Argentina e na Colômbia. Afirma que, paulatinamente,

> o alto Tribunal argentino vem delineando um conjunto de técnicas e procedimentos para aplicação em conflitos de interesses públicos. O exercício do poder regulamentar por meio de acordos gerais, como por Audiências Públicas e auxílio de *amicus curae*, tem sido utilizado em conflitos nos quais se debatem questões de transcendência coletiva de interesses gerais. O autor afirma que esses procedimentos têm ampliado o debate judicial e novos espaços de participação social, que contribuem e legitimam a ação dos juízes. (BERIZONCE, 2104, p. 14, tradução nossa).[7]

Todas essas evidências direcionam para o entendimento de que as Audiências Públicas, apesar de não ser a solução para a complexa questão da judicialização das políticas públicas, são um instrumento com grande potencial para auxiliar na resolução das demandas levadas aos Tribunais. Além disso, representam um relevante instrumento de Democracia que pode ser largamente utilizado pelo Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, possibilitando, por meio do diálogo, a contribuição da sociedade para encontrar a solução mais adequada para os conflitos envolvendo interesses públicos e direitos fundamentais coletivos.

Infelizmente, as Audiências Públicas ainda têm sido pouco utilizadas no âmbito do Poder Judiciário, o que indica certa resistência ou dificuldade desse

[7] El Alto Tribunal paulatinamente ha venido diseñando un conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales – así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los "amigos del tribunal", en los conflictos em que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general, con la finalidad de ampliar el debate judicial habilitando nuevos espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces.

Poder em dialogar. Espera-se que as poucas experiências do STF sirvam como exemplos estimuladores desse órgão para as suas demais instâncias.

Seguindo a linha de raciocínio do parágrafo anterior, valeria amadurecer, por exemplo, as reflexões a respeito do uso das Audiências Públicas no âmbito municipal em prol da efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos e do desafogamento do Judiciário, tendo em vista o conhecimento notório de que as demandas repetidas abarrotam esse Poder, pleiteando-se implementação ou efetivação de políticas públicas em face dos Municípios.

Para que as Audiências Públicas ganhem maior espaço no processo judicial como formas alternativas de solução de conflitos, é preciso mudar a mentalidade dos operadores do Direito e de todos os membros da sociedade.

Observa-se que se tem discutido muito sobre a judicialização das políticas públicas, mas a doutrina não tem se dedicado a isso e atentado para a relevância do diálogo verdadeiramente democrático nos processos judiciais sobre o tema.

Por isso, a educação jurídica deve ser intercultural, interdisciplinar e profundamente imbuída da concepção de responsabilidade cidadã, combatendo-se a cultura normativista. As escolas de Direito e da magistratura precisam preparar operadores do Direito e magistrados para o diálogo, atentando-os para a relevância da interdisciplinariedade, que é fundamental para que sejam decididas adequadamente as novas questões complexas, as quais exigem mais conhecimentos de outras áreas. Até mesmo a formação de equipes auxiliares dos juízes não tem sido tratada com a atenção que merece (SANTOS, 2008, p. 78).

Mas não basta que o meio jurídico implemente Audiências Públicas ou métodos alternativos de resolução de demandas. É imprescindível que todos os cidadãos e todos os setores da sociedade compreendam que a complexidade das questões de políticas públicas levadas ao Poder Judiciário somente pode encontrar uma solução adequada e razoável se o diálogo for efetivo e democrático.

## 6 CONCLUSÃO

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno decorrente da falha na atuação dos demais Poderes, exigindo-se que o Poder Judiciário, como órgão também responsável pelo cumprimento dos direitos fundamentais, atue para efetivá-los. Assim, sua atuação tem se ampliado cada dia mais na resolução de disputas envolvendo direitos coletivos, sociais e públicos.

Muitos são os debates acerca dos pressupostos, limites e formas de intervenção do Judiciário sobre o tema. Mas pouco se tem debatido sobre a

necessidade e a importância de uma atuação dialógica na implementação das políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário.

O tema demanda uma nova forma de atuação do magistrado e de todos os operadores do Direito. O Poder Judiciário, em todas as instâncias, deve assumir uma postura gerencial, dialógica com a sociedade e com todas as áreas de conhecimento que afetem seus atos decisórios. Essa mudança coaduna-se com o Estado Democrático de Direito que requer maior participação popular, a qual deve ser entendida de forma ampla para incluir a sociedade e suas diversas formas de representação.

Nessa perspectiva, a Audiência Pública destaca-se como instrumento importante para a solução de litígios com potencial de afetar grande parte da sociedade ou toda ela. Ainda que já esteja prevista na legislação brasileira, a Audiência Pública não tem um procedimento previsto em lei, sendo necessário estabelecer requisitos e diretrizes mínimas para maior segurança e alcance democrático do debate.

As evoluções em termos do uso da Audiência Pública ainda não são satisfatórias. É preciso que a doutrina se dedique mais sobre o tema e que os operadores do Direito em geral reconheçam e compreendam esse instrumento, assim como a relevância do debate interdisciplinar. Da mesma forma, é essencial que a sociedade como um todo tome consciência da importância do diálogo em matéria de políticas públicas e do que é um debate verdadeiramente democrático.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da *práxis* judiciária. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81-112.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos colectivos de interés público em Argentina. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, São Paulo, jul. 2014. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=20685d0df7812a9036c48561aecc7ec8. Acesso em: 15 nov. 2014.

BERIZONCE, Roberto Omar. Procesos colectivos de interés público y funcion de garantía para la efectividad de los derechos fundamentales. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, n. 39, p. 365-382, 2013. Disponível em: http://www.icdp.org.co/ revista/usuarios/edicionVirtual/39/RobertoOmarBerizonce.pdf. Acesso em: 10 out. 2014.

BORGES, Sabrina Nunes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: análise à luz do processo coletivo e do Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Foco, 2018.

BRANDÃO, Gorette. Novo Código de Processo Civil vai à sanção. **Senado Notícias**, Brasília, 17 dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/ 12/17/novo-codigo-de-processo-civil-vai-a-sancao. Acesso em: 23 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE. T. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário Eletrônico de Justiça**, Brasília, 30 abr. 2010a. Disponível em: Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=610254. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.944/PB. T. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário Eletrônico de Justiça**, Brasília, 17 mar. 2010b. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&do cID=610265. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública**: apresentação. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp. Acesso em: 24 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública**: previstas. Brasília, [s.d.b]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=previ sta. Acesso em: 24 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública**: realizadas. Brasília, [s.d.a]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=reali zada. Acesso em: 24 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de audiência pública de 5 de março de 2009**. Brasília, 2009a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/proces soAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em: 24 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de habilitação de especialistas, de 24 de abril de 2009**. Brasília, 2009b. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAu dienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacao2.pdf. Acesso em: 24 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de habilitação de especialistas, de 13 de abril de 2009**. Brasília, 2009c. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAu dienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacaox.pdf. Acesso em: 24 jan. 2015.

CANÇADO, Paula Oliveira Mascarenhas. **A concretização dos objetivos fundamentais da república por meio da tutela coletiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public litigation. **Harward Law Review**, Cambrigde, v. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, May 1976.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 451-466.

ESTADO não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. **Notícias STF**, Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N. Acesso em: 26 ago. 2020.

FARIA, Edimur Ferreira de; DUARTE, Fabrício Souza. A judicialização da saúde e a formulação de políticas públicas. *In*: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline; FERRI, Caroline (org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. 23. ed. Florianópolis: CONPEDI 2014, 2014. p. 60-75. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=85e1b8bbda1bd1ec. Acesso em: 20 jan. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional das políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

MARQUES, Gilson. **Projeto de Lei nº 4.527/2019**. Altera a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, para criar o Capítulo XI-A, no Título I do Livro I, da referida Lei, para tratar das audiências públicas em processos jurisdicionais. Brasília: Câmara dos Deputados, 15 ago. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fic hadetramitacao?idProposicao=2215659. Acesso em: 20 ago. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto de Novo CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 327-364.

PRESIDENTE do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde. **Notícias STF**, Brasília, 19 set. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461&caixaBusca=N. Acesso em: 11 nov. 2014.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255-271.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Baraúna, 2011.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales**, La Plata, n. 43, p. 276-286, 2013. Disponível em: http://sedici.unlp. edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 jan. 2015**.**

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre o Projeto de Lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. *In*: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Preito; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 724-727.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial das políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-332.

# AUTONOMIA PRIVADA NA VELHICE E A INFANTILIZAÇÃO DO IDOSO NO CONTEXTO DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

# PRIVATE AUTONOMY IN OLD AGE AND THE INFANTILIZATION OF THE ELDERLY IN THE CONTEXT OF THE NEW CORONAVIRUS (COVID-19)

Maria Clara Souza Alencar[1]
Sarah Rêgo Goiatá[2]

**RESUMO:** Em meio à pandemia do novo Coronavírus, pesquisas evidenciam que a população idosa é a mais vulnerável em função das taxas de mortalidade apresentadas em adultos maiores de 60 anos. O distanciamento social foi apontado como uma das medidas mais eficazes para evitar a disseminação do vírus. Contudo, para os mais velhos, a imposição da modificação de suas rotinas e o isolamento social, foi algo que se encontrou resistência. O presente artigo tem como objetivo abordar os limites entre o zelo e a precaução necessária, para a preservação da saúde do idoso, ou a imposição de limitações ou até o cerceamento ao exercício da sua autonomia privada e consequente infantilização, enquanto o autor de sua própria história.

**Palavras-chave:** Autonomia Privada. Idoso. Coronavírus.

[1] Mestranda em Direito Privado (PUCMinas). Especialista em Direito de Família Aplicado (IEC PUCMinas). Bacharela em Direito (PUCMinas). Membro do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID). Pesquisadora e autora na área do Direito Privado e do Biodireito. Advogada e Consultora jurídica. E-mail: mariaclarasalencar@gmail.com

[2] Mestranda em Direito Privado (PUCMinas). Bolsista CAPES-TAXA. Bacharela em Direito (PUCMinas). Pós-graduanda em Patient Safety (Johns Hopkins University - Armstrong Institute for Patient Safety and Quality). Pesquisadora Científica de Biodireito. E-mail: sarahgoiata@gmail.com

**ABSTRACT:** In the evidence of the new Coronavirus pandemic research shows that the elderly population is the most vulnerable due to the mortality rates presented in adults over 60 years. Social detachment was identified as one of the most effective measures to prevent the spread of the virus. However, for the elderly, the imposition of the modification of their routines and social isolation found resistance. This article aims to address the limits between zeal and precaution necessary to preserve the health of the elderly or the imposition of limitations or even restricting the exercise of autonomy and infantilization of that elderly person as the author of his own history.

**Keywords:** Private Autonomy. Elderly. Coronavírus.

## 1 INTRODUÇÃO

O respeito à autonomia privada do indivíduo é de fundamental importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana. É a errônea visão de que a idade é causa incapacitante e de que, com a velhice, a pessoa não tem mais discernimento para os atos da vida privada. A exclusão do idoso da tomada de decisões concernentes à sua vida é um forte elemento para a diminuição da qualidade de vida, bem como, o sentimento de impotência, dificultando consideravelmente a expectativa de uma vida boa.

A tarefa de tentar equilibrar o zelo pela segurança e pela integridade física do idoso, com o intrometimento, a infantilização e a retirada compulsória da autonomia da vontade é uma das principais dificuldades com a chegada da velhice.

E, assim como, em diversas situações da vida, o indivíduo não se sensibiliza para refletir sobre uma circunstância até que ela o afete e a velhice é uma delas. Porém é um fato indiscutível, a cada dia e a cada ano, todos estarão mais perto da velhice – e isso é normal e saudável. Todavia, pensa-se na velhice como um acontecimento, um infortúnio, algo que deve ser temido e escondido. Desacertadamente, projeta-se a velhice como sinônimo de incapacidade.

Se, com o curso natural da vida, lidar com as comorbidades inerentes ao envelhecimento do corpo já é um grande desafio tanto para o indivíduo que agora se vê na condição de idoso, quanto para os familiares ou cuidadores que convivem com ele, imagine-se em meio a um cenário de pandemia, no qual se veem ameaçadas a saúde e os contextos econômico, social, emocional, dentre outros afetados pelas políticas de contenção da pandemia.

Ademais, é essencial frisar que além dos aspectos supracitados, para os idosos, a situação é ainda mais gravosa em função da taxa de mortalidade

apontada pelas pesquisas, que indicam que estes são os mais afetados pela COVID-19 (também aqui citado como Coronavírus).

Nesse sentido, propõe-se a reflexão de como materializar-se-á a autonomia dos idosos, em meio às ameaças geradas pela pandemia do COVID-19. Como ficará o direito de autodeterminação destes que já tinham que lutar para que a sua liberdade não lhes fosse tolhida?

O presente artigo pretende suscitar o debate e a reflexão atinente à garantia da preservação dos direitos já adquiridos pelos idosos, no que tange à autonomia, sem que se olvide os cuidados necessários à preservação da saúde destes.

## 2 AUTONOMIA PRIVADA

A palavra autonomia remete aos conceitos de liberdade, emancipação e a um protagonismo na condução da vida. Em uma acepção jurídica, a autonomia é a viabilidade atribuída a uma pessoa, seja ela física ou jurídica, de reger as instâncias de sua vida. Um espaço de liberdade para autodeterminação do indivíduo.

A autonomia enquanto expressão da vontade do indivíduo apresenta contornos de liberdade moral, física, psíquica e de pensamento (SILVA, 2018, s.p.). Não obstante ao aspecto particular da autonomia privada, é impossível falar em seu exercício, sem que se configure um prisma relacional. Nesse sentido:

> A ideia de autonomia é paradoxal. Só há autonomia frente a outros seres humanos; sozinho ninguém é autônomo. Autonomia pressupõe sociabilidade, intersubjetividade. Exige, portanto, alteridade. O aparente paradoxo, do "eu *versus* outro", torna-se complemento, pois a noção do *eu* se faz também no *outro*. (NAVES; GOIATÁ, 2017, p. 261)

É constatado que adultos competentes possuem o direito de se autodeterminar e direcionar suas decisões conforme lhes aprouver, e esta liberdade é salvaguardada pela autonomia privada e acaba por expressar a relação do indivíduo, não somente em sua esfera pessoal, mas também, nos valores e consciência dos limites da atuação de suas liberdades em relação ao outro.

> Portanto, a definição de autonomia, hoje, caracteriza-se pela determinação de autonomia privada, sendo certo que tal autonomia não se vincula exclusivamente com interesses subjetivos do indivíduo, pois atende às necessidades de bem-estar da sociedade, evitando abusos por parte do indivíduo. (VIEIRA, 2015, p. 47)

A salvaguarda do princípio da autonomia, se dá, não somente no reconhecimento da aptidão para emancipação dos que se encontram em condições de concretizar sua autodeterminação, mas também, dos que se encontram em situação de vulnerabilidade e não podem de forma direta exercitar sua autonomia.

## 2.1 Autonomia privada na velhice

Com o acender da terceira idade, os idosos passam a ser questionados quanto a sua capacidade de emitir decisões lúcidas e autônomas e, por vezes, acabam por receber da sociedade, um tratamento infantilizado. Essa conduta consolida o afastamento da autonomia do idoso quanto às deliberações das questões do cotidiano. (NAVES; GOIATÁ, 2017, p. 263)

Contudo, verifica-se no ordenamento jurídico pátrio, dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que têm como objetivo a proteção aos direitos fundamentas dos idosos, principalmente no que tange à dignidade e à defesa do exercício da autonomia destes.

A Constituição Federal instituiu que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988)

Ao longo do texto Constitucional, também pode-se constatar desde a defesa à integração e participação do idoso na sociedade no art.3º- inciso IV [3], até a proteção a não redução de salário, em função de idade no art.7º- inciso XXX[4], entre outras garantias.

A Lei 8.842/1994 estabeleceu a Política Nacional do Idoso (PNI), com o objetivo de tutelar os direitos sociais da pessoa idosa, de modo a assegurar como disposto no artigo 1º: a autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. [9]

Após 10 anos da implementação da PNI, a Lei 10.741 de 2003 instituiu o Estatuto do Idoso, com a premissa de uma proteção mais ativa aos direitos do idoso.

[3] Art. 3º inciso III- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado, 1988.

[4] Art. 7º inciso XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado, 1988.

> O estatuto do idoso prevê também a garantia do direito à liberdade, ao respeito e a dignidade a pessoa idosa, que se traduz na possibilidade de ela se locomover livremente, de acordo com a suas condições de saúde, e de não ficar em instituições contra sua vontade, podendo, ainda, optar pelo tratamento que julgar mais adequado as suas necessidades, quando for possível, e dispor de seus bens. (PEREIRA; LEAL, 2020, p. 74)

Como exposto, muitos são os dispositivos legais que fundamentam a protegem o direito do idoso à autonomia privada, porém como afirmam Maria de Fátima Freire Sá e Taisa Maria Macena de Lima:

> O grande desafio é tornar efetivos os direitos legislativamente declarados, bem como as prescrições deontológicas. Há muito que ser feito no sentido de conscientizar e sensibilizar, tanto a comunidade leiga quantos os profissionais da saúde que, por detrás daquele corpo, existe alguém que pensa, sente, reivindica e, sobretudo espera que seus interesses e decisões sejam considerados e respeitados. (LIMA; SÁ, 2018, p. 33)

Assim, a idade cronológica não é fator resolutivo para a determinação da validade jurídica das decisões emitidas por idosos, tampouco a relativização da autonomia deles. Diante do dever de garantir que o idoso possa ser assistido sem que se olvide a sua vontade, é importante que se busque soluções:

> O momento de se socorrer do instituto da curatela irá depender de um olhar biopsicossocial sobre o idoso e não mais puramente biomédico, pois o fato de existir uma doença não significa de pronto dizer que o idoso não pode mais exprimir suas vontades e decidir sobre os seus bens ou realizar algum ato negocial. Muitas vezes o idoso é acometido por uma doença degenerativa, mas consegue manter o entendimento sobre si e seu entorno por vários anos e exprimir a sua vontade, pois possui apoios de saúde adequados e laços familiares fortes, que conseguem retardar o aparecimento dos efeitos adversos da doença (exemplo, a perda da memória). (MAIO, 2018, s/p)

Nessa perspectiva, propõe-se o exame da tomada de decisão apoiada (TDA), instituto que, em alguns casos, poderá atender às necessidades do idoso em situação de doença.

> A tomada de decisão apoiada é um mecanismo de apoio ao exercício da capacidade civil, introduzido pela Lei 13.146/2015, com adição do art.1.783-A, caput, e 11 parágrafo ao texto do CC/02.

> Nos dizeres de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, a TDA surge como um tertium genus protetivo, junto à curatela e à tutela destinado à assistência da pessoa com deficiência que preserva sua autonomia e portanto a plenitude de sua capacidade civil. Consiste num modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, contudo em situação de vulnerabilidade, por conta de uma limitação de ordem física, sensorial, intelectual ou mental. (GAMA; NUNES, 2020, s.p.)

A TDA é o processo no qual o indivíduo com deficiência, (seja essa deficiência permanente ou temporária), elege duas pessoas de sua confiança para lhe auxiliar/prestar apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil. Essas pessoas deverão fornecer os elementos e informações necessárias para que o indivíduo, possa exercer sua capacidade. É imperiosa a observação de que a tomada de decisão apoiada não deve ser confundida com a incapacidade relativa, posto que, o indivíduo assistido continua plenamente capaz. (MAIO, 2018, s.p.)

Acredita-se que a tomada de decisão apoiada é uma ferramenta eficaz na preservação da autonomia privada do idoso ou deficiente, já que este deverá aderir de forma voluntária à assistência e as pessoas a lhe prestarem auxílio, serão elencadas pelo próprio idoso.

## 3 PANDEMIA E COVID-19

Os Coronavírus são uma vasta família de vírus que já circulam no Brasil e no mundo e são causadores de resfriados comuns. Podem também gerar doenças mais graves como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). Com efeito, pode-se afirmar que os Coronavírus já estão disseminados. Eles são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus[5]) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum (AMERICAN CANCER SOCIETY, 2020, s.p.).

É inquestionável o fato de que a pandemia gerada pelo COVID-19 é um dos maiores desafios em saúde pública no mundo. De acordo com Organização Mundial da Saúde (OMS), na data de 11 de março de 2020, o

[5] "O rinovírus humano (HRV) é o mais comum entre os agentes virais associados a infecções no trato respiratório superior, sendo reconhecido como o principal patógeno causador de resfriado comum.". LIMA, Stéphany Teixeira. **Epidemiologia molecular de cepas de rinovírus humano circulantes na Cidade de Belém, Estado do Pará, Brasil**. Rev. Pan-Amaz Saúde, Ananindeua, v. 7, n. esp.,p. 159-165, dez. 2016. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-62232016000500159&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 abril de 2020.

surto da doença gerada pelo novo Coronavírus, foi caracterizada como uma pandemia em função da sua ampla distribuição geográfica. Os dados da OMS indicam que foram confirmados em âmbito mundial, 2.719.897 casos de COVID-19 e 187.705 mortes. No Brasil os dados são: 58.509 casos e 4.016 óbitos - dados obtidos na data de 25 de abril de 2020. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020)

Nessa perspectiva, segundo diversos órgãos de pesquisa e a Organização Mundial da Saúde, as pessoas idosas e com condição de saúde pré-existentes podem desenvolver a forma mais grave da doença com mais frequência do que os demais.

## 3.1 Idosos e risco de contaminação pelo COVID-19

Segundo aponta a Sociedade Britânica de Geriatria, as pessoas idosas em geral, foram identificadas com uma maior susceptibilidade aos efeitos da epidemia. Isso é provável dada a imunidade diminuída em função da fragilidade pelo envelhecimento e mais especificamente ocasionada por qualquer condição de comorbidade existente. (DORAISWAMY; CHEEMA; MAMTANI, 2020, s.p.)

No Brasil, o número de mortes cresce com o avançar da idade, alcançando 15% em idosos maiores de 80 anos, sendo de 0,5 % em jovens. Pela maior incidência de condições crônicas nos idosos e pelo envelhecimento populacional brasileiro é que se deve ter atenção redobrada para que não haja uma maior propagação da doença nesta faixa etária (SANTOS, 2020, s.p.).

Consoante com os estudos supracitados, os idosos com idade acima de 70 (setenta) anos são aconselhados ao isolamento social para minimizar os riscos de contrair a doença. Porém, também foi sugerido que o isolamento social pode reduzir a mobilidade e gerar aos pacientes uma perda funcional. Ansiedade e depressão também podem piorar fragilizando ainda mais o idoso (DAVES; FROST; BUSSEY; PARK, 2020, s.p.).

Dada apreensão gerada pela incidência dos riscos impostos pelo novo Coronavírus, é premente que se pense em solidariedade e empatia.

## 4 AUTONOMIA E SEGURANÇA – ESCOLHA DOS IDOSOS E PREOCUPAÇÃO DA FAMÍLIA

Após supra explanação acerca do direito de autodeterminação do idoso e do exercício da sua autonomia, verifica-se que as situações fáticas cotidianas estão muito além do que qualquer diploma legislativo já regulamentou.

A decisão da família, teoricamente em conjunto com o idoso – quando este encontra-se em gozo de seus direitos da personalidade[6] inerentes à capacidade civil -, em prol da sua segurança, felicidade, independência, dentre outros aspectos costuma ser assunto delicado, motivo de tensões familiares para ambos os lados.

Em seu livro "Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final", o médico Atul Gawande traz diversos personagens reais que se encontram próximos ao fim da vida. Junto deles, em sua grande maioria dos casos, o dilema entre a segurança física e a vida autônoma. Sobre uma de suas personagens – Alice Hobson – o autor tem a seguinte passagem sobre a guinada na autodeterminação dos idosos em meados da década de 1960:

> [...] tornou-se aceitável e viável permanecer em casa, vivendo como queriam, de maneira autônoma. Esse fato continua algo a ser celebrado. Pode-se dizer que não houve melhor época na história para ser velho. Os limites de poder entre as gerações foram renegociados, e não da forma como às vezes se acredita. Os idosos não perderam status e controle, mas passaram a compartilhá-los. A modernização não rebaixou a posição dos mais velhos. Rebaixou a posição da família. Ela deu às pessoas – tanto aos jovens quanto aos velhos – um modo de vida com maior liberdade e controle, incluindo a liberdade de ter menos obrigações para com outras gerações. A veneração aos idosos pode ter desaparecido, mas não porque foi substituída pela veneração aos jovens. Foi substituída pela veneração à independência pessoal. (GAWANDE, 2015, p. 356-366)

Apesar do trecho transcrito, a realidade é que, ainda que tenha, de fato, havido modernização – moradias assistidas, popularização de remédios e de tratamentos médicos, acompanhamento psíquico e emocional e a própria evolução do poder aquisitivo[7] em geral -, com a chegada da velhice, muitos questionamentos surgem: "em qual casa vamos colocá-lo?", "vamos procurar

[6] "Podemos conceituar direitos da personalidade como aqueles que têm, por objeto, diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.". LIMA, Taisa Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaios sobre a velhice**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 7.

[7] "Over the next two decades, it is estimated that the middle class will expand by another three billion people, coming almost exclusively from the emerging world" – estudo *Hitting the sweet spot The growth of the middle class in emerging markets,* por Ernst e Young. ERNST & YOUNG. ***Hitting the sweet spot The growth of the middle class in emerging markets***, 2013. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Hitting_the_sweet_spot/$FILE/Hitting_the_sweet_spot.pdf>, acesso em abril de 2020.

uma casa de repouso?", "sozinho ele não pode mais ficar, não é seguro!", são reações comuns dos entes próximos ao idoso.

O que se esquece, muitas vezes, de maneira até mesmo curiosa, é de se perguntar a opinião do próprio idoso que se encontra na nova e delicada situação da vida. Conforme já explicitado alhures, a velhice não acontece, ela é uma construção do passar do tempo e das experiências.

Pensa-se, pois, na situação de alguém, na casa dos trinta anos de idade, que goza de saúde física e dos plenos exercícios da sua capacidade e que, de repente, passa a ser considerado um incapaz por algum motivo do acaso e que deve, então, ter sua vida ditada pelos parentes nos mínimos detalhes, como onde morar, o que comer, como gastar o dinheiro.

Parece inimaginável, uma grande intromissão à vida privada dessa pessoa. Com os idosos é exatamente isso que ocorre, com a diferença que o "motivo do acaso" é a idade. Com a idade, semelha-se que a pessoa perde a capacidade e a lucidez, não devendo mais ser considerada capaz de decidir seus próprios atos[8]. Sendo que:

> A maior parte dos idosos é, na verdade, absolutamente capaz de decidir sobre seus interesses e de se organizar, sem necessidade de ajuda de quem quer que seja. De acordo com os mais modernos conceitos gerontológicos, esse idoso que mantém sua autodeterminação e prescinde de qualquer ajuda ou supervisão para agir no seu cotidiano deve ser considerado um idoso saudável, ainda quando portador de uma ou mais doença crônica.
>
> Decorre daí o conceito de capacidade funcional, ou seja, a capacidade de manter as habilidades físicas e mentais necessárias a uma vida independente e autônoma. (GORDILHO et al, 2000, p. 20)

No livro já mencionado, mais adiante, Gawande explana sobre a situação das moradias assistidas:

[8] Aqui, ressalta-se que o próprio legislador brasileiro, ainda que não enquadre o fator etário como causa de incapacidade absoluta (artigo 3º do Código Civil Brasileiro), de maneira velada indica que o idoso não goza das plenas capacidades para seus atos da vida privada. É o que ocorre, por exemplo, com a obrigatoriedade do casamento pelo regime da separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de setenta anos de idade, vide artigo 1.641, inciso segundo do Código Civil Brasileiro. Ora, se a idade avançada não é causa de incapacidade, não faz nenhum sentido o legislador interferir na escolha privada do idoso que deseja casar-se. E mais, quanto às demais aplicações do artigo que versa sobre a separação obrigatória de bens, tratam-se de causas transitórias, às quais os cônjuges podem requerer a alteração do regime de bens quando cessada a causa. Todavia, no caso do inciso segundo, a causa é permanente, pois a idade nunca irá regredir para menos de setenta anos.

> O mais frustrante e importante, disse Wilson[9], é o fato de que a moradia assistida não é construída tendo em mente os idosos, mas sim seus filhos. São os filhos que com frequência decidem onde os idosos vão morar e isso fica visível na maneira como os estabelecimentos se promovem. (...) Acima de tudo, esses estabelecimentos se vendem como lugares seguros, quase nunca como lugares que priorizam as escolhas de seus residentes a respeito de como querem viver. (GAWANDE, 2015, posição 1659 – recurso eletrônico).

Ainda sobre o tema, na mesma passagem o personagem completa:

> [...] "são raros os filhos que param para pensar: 'Será que este é o lugar que minha mãe quer, gosta ou necessita?'. Normalmente enxergam as coisas de seu próprio ponto de vista". O filho pergunta: "Será que este é o lugar que eu me sentiria a vontade para deixar a minha mãe?". (GAWANDE, 2015, posição 1659 – recurso eletrônico).

Nesse sentido, é inegável a sutileza do ato de escolha de morada, de cuidado, de hábitos e do cotidiano daqueles entes que mais se amam: pais, avós, tios. Ao mesmo tempo que é sublime o sentimento protecionista para com o idoso, há a tênue linha separatória entre a proteção saudável e o tolhimento da autonomia daquela pessoa, por considerá-la idosa e, por suposto, necessariamente incapaz.

Conforme explanam Lima e Sá: "Esse novo olhar para a pessoa, enquanto ser concreto, remete-nos a uma compreensão mais ampla da velhice e suas vicissitudes, e nos instiga a pensar respostas para questões atinentes à construção biográfica do idoso." (LIMA; SÁ, 2018, p. 8)

Para tanto, o que não se pode esquecer, e que pode ser crucial para o envelhecimento sadio e feliz, é que muito além da segurança física do idoso, está a saúde mental deste. E, como já posto para reflexão, não se pode encarar de forma tranquila, o fato de não ser você próprio a tomar as decisões da própria vida.

## 4.1 Saúde mental do idoso e legitimidade para decidir

A importância da construção biográfica para o idoso é a mesma de todos os demais seres humanos: até porque não seria lógico, tampouco humano, tal construção se dar apenas na juventude e na vida adulta, sendo cessada na velhice.

[9] Um dos personagens reais trazidos pelo autor, que, nesse contexto, não importa detalhar suas informações.

O que não significa, contudo, que não haverá uma mudança de perspectiva com a chegada da velhice. De fato, haverá perdas – físicas, materiais e emocionais -, adaptações às limitações e reinvenção. Alguns podem dizer, inclusive, que a velhice é como um renascimento.

Nesse sentido, pode ser paradoxal o desejo de longevidade e o temor da velhice, com a perda natural e gradual da saúde que será levada com o passar dos anos, levando, consigo, também, os traços de autonomia (LIMA; SÁ, 2018, p. 85).

Um dos grandes desafios para o equilíbrio da autodeterminação dos idosos com a conciliação das preocupações sobre sua segurança se dá no campo deste ser o autor de suas próprias decisões. E isso pode ser uma das grandes chaves para a preservação da saúde mental desse idoso.

Sobre a temática, profissionais da saúde indicam que

> Dentre os diversos transtornos que afetam os idosos, a saúde mental merece especial atenção. Depressão e demência têm incapacitado idosos em todo o mundo por levarem à perda da independência e quase inevitavelmente, da autonomia. (BENEDETTI et al, 2008, s/p)

De fato, os transtornos mentais têm direta relação com a construção biográfica da pessoa, interferindo diretamente na maneira como cada um lida com sua própria autoestima, confiança e vontade de viver. E, no caso daquele que se encontram mais perto do fim da vida:

> [...] a dependência mental deve ser objeto de atenção especial na medida em que leva, com muito maior frequência, à perda de autonomia. Doenças como depressão e demência já estão, em todo mundo, entre as principais causa de anos vividos com incapacidade, exatamente por conduzirem à perda da independência e, quase necessariamente, à perda da autonomia. (GORDILHO et al, 2000, p. 22)

É, pois, necessário então mudar o olhar ao lidar com a situação da velhice: até que ponto o zelo pela integridade física do idoso deve receber mais atenção do que o estado de sua saúde mental, psicológica e emocional? Parece que os sinais de que a perspectiva de cuidado deve mudar são clarividentes no que toca ao bem estar global do idoso.

## 4.2 Autonomia privada na velhice versus infantilização do idoso – agravamento da situação no contexto da pandemia COVID 19

Perante o já exposto acerca da autonomia na velhice, ressalta-se o papel do direito em assegurar a autodeterminação do indivíduo – e é exatamente

por tal papel essencial que se faz mister a análise de tais temáticas. Sobre isso, Sá e Moureira compreendem que:

> Pessoalidade significa a qualidade de ser pessoal. Não se trata da assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a ação do indivíduo na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade, pela liberdade na convivência com os outros. Pessoalidade é, pois, a expressão da autodeterminação e da autoafirmção assumidas pela pessoa dentro do fluxo comunicativo. [...] Se o projeto da sociabilidade moderna é possibilitar que todo indivíduo humano possa ter a liberdade para construir a sua pessoalidade, e as realizações individuais de identidade pressupõem expectativas e propostas de autorrealização individual, é evidente que a frustração desses projetos gera sentimento de indeterminação. Ao Direito cumpre o papel de efetivar ou possibilitar a efetivação da autorrealização em um contexto intersubjetivo de convivência, sem fomentar a indeterminação. (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 3)

Inúmeras são as situações – algumas até relatadas neste texto – nas quais os idosos sentem que têm a liberdade e a autonomia tolhidas e, com certeza, o leitor pode enumerar outras demais que, se não ele próprio vivenciou, pôde observar. Todavia, o que não se poderia prever era a pandemia do novo Coronavírus.

A nova ordem mundial de protocolos de saúde indica o isolamento social como a principal forma de desacelerar a contaminação pelo vírus (BRASIL, 2020, s.p.). Mais ainda, caso a pessoa se encontre em grupos de risco da doença, o cuidado com o distanciamento deve ser ainda mais rigoroso.

Os idosos se encontram nesses grupos de risco apenas pelo fator etário, mas alguns são ainda mais arriscados por conta de sofrerem de doenças ou debilidades de um organismo mais vulnerável. É por isso que os idosos, em tempos de pandemia, preocupam-se muito mais com o isolamento em casa do que outras parcelas da população.

Como fica, então, a autonomia do idoso que, de repente e por motivos alheios à vontade de quaisquer seres humanos, tem que modificar toda sua rotina de independência já conquistada, para um novo hábito de ser auxiliado em tarefas simples como fazer o seu próprio supermercado? Ademais, como fica a saúde mental desse idoso que, além de ter perdido seus momentos de autonomia, muitas vezes passou a ter que conviver com a solidão de não receber visitas?

Se muito já se fala no cuidado com a saúde mental do idoso, preocupando-se com a relação entre depressão e demência, por exemplo, e a diminuição

da autonomia para atos privados[10], a atenção no momento delicado de crise mundial da COVID -19 deve ser redobrada.

Uma das grandes dificuldades, já existentes no trato com idosos, mas que pode agravar com a situação do distanciamento social, o tratamento do idoso como um ser não pensante, sem lucidez, sem opinião e, principalmente, que precisa alguém para tomar suas próprias decisões por ser incapaz. É a infantilização do idoso, tratando-o por vezes de maneira até mais incapacitante do que se trata uma criança em processo de formação.

Em um estudo sobre a infantilização do idoso na enfermagem, as autoras discorrem sobre uma situação que sai da seara apenas da medicina e se estende aos demais indivíduos que convivem com o idoso:

> O tratamento infantilizado ao idoso se manifesta na prática dos profissionais de enfermagem ao atuar de forma imperativa, não respeitando suas decisões e nem lhe informando adequadamente sobre sua saúde. Essa atitude resulta em parte da aparente fragilização e dependência dessa população, mas resulta também de uma comparação equivocada do tratamento afetivo e respeitoso que é dado às crianças, percepção arraigada no imaginário social que aproxima velhice e infância. Infantilizar o idoso é desrespeitar sua autonomia, julgá-los semelhantes às crianças é considerá-lo sem competência para decidir o que é melhor para si. (SANTOS; CORRÊA; ROLIM; COUTINHO, 2016, p. 182)

Com isso, tem-se a situação de tratamento do idoso de maneira incoerente com sua biografia, de modo a diminuir sua capacidade de protagonismo da própria vida. Tal tratamento pode, inclusive, ser uma velada forma de preconceito por idade, o idadismo - traduzido do inglês *ageism:*

> Este termo, traduzido do inglês ageism, foi utilizado pela primeira vez em 1969 por Butler, psicólogo americano que tentava entender as reações negativas de uma determinada comunidade à construção na vizinhança de um imóvel para pessoas idosas. Aparentemente não havia uma explicação para tais reações, porém após uma aprofundada reflexão sobre as reações negativas, este pode concluir que essas atitudes se deviam à idade dos novos inquilinos, ou seja, os habitantes não ficaram satisfeitos com a construção do imóvel para pessoas idosas junto das suas residências, movidos pela crença de que este novo imóvel poderia diminuir o prestígio do local (Butler, 1969). Assim, este termo foi definido como uma forma de intolerância relacionada com a idade (Minichiello et al, 2000), enraizada em crenças,

[10] Ver item 4.1

> atitudes, preconceitos e comportamentos, sendo que qualquer pessoa pode ser alvo de discriminação pela idade que tem, sendo as crianças e as pessoas idosas os grupos mais vulneráveis (Nussbaum, Pitts, Huber, Krieger & Ohs, 2005). (MARQUES, 2016, p. 17-18)

A abordagem infantilizada é um dos exemplos de "comportamentos na maioria das vezes aplicados de forma inconsciente e sem objetivo de magoar os mais velhos" (MARQUES, 2016, p. 20-22), mas que incitam no idoso a auto desconfiança de sua capacidade.

Em tempos pandêmicos e de restrito isolamento social para a população idosa, tal quadro de infantilização pode agravar-se, tanto por maior convivência com familiares (no caso de idosos que moram com filhos/parentes ou que foram passar a temporada de recolhimento com estes), quanto pelo demasiado zelo dos parentes em "ajudá-los" nas básicas tarefas do cotidiano que eles poderiam ter algum tipo de autonomia (como compras em geral).

No *podcast* "Café da Manhã", da Folha de S. Paulo, com o título "A vida dos idosos sob isolamento social", vários idosos prestaram suas entrevistas relatando as mudanças trazidas pelas recomendações de ficar em casa. Os depoimentos giram em torno de "hidroginástica três vezes na semana", "receber minhas amigas em casa", "caminhada pelo condomínio" etc. Alguns idosos relatam que estão conseguindo manter o contato com amigos e família via aplicativos de comunicação e que têm se distraído com livros. (A VIDA DOS IDOSOS SOB O ISOLAMENTO SOCIAL, 2020)

No minuto 4'26'' do referido *podcast* há o relato de um idoso - Carlos dos Anjos, de 91 anos - que mora sozinho, mas foi passar o isolamento social no apartamento do filho, confirmando o cenário supramencionado de uma possível perda da independência diária natural de uma vida autônoma em casa própria.

A partir do minuto 13'02'' inicia-se uma breve entrevista com Mirian Goldenberg, antropóloga e pesquisadora da área da velhice. A cientista política faz a seguinte análise:

> Não adianta tratar nossos velhos que são lúcidos, ativos, conscientes, inteligentes, como crianças que não sabem o que está acontecendo, que não sabem o que fazer. Não adianta dar ordem, dizer o que é certo e o que é errado, porque eles já sabem o que é certo e o que é errado, eles só não sabem como fazer ou como sobreviver nesse momento. Então eu acho que a primeira coisa é escutar, ao invés de mandar, ao invés de querer que eles obedeçam ordem como se fossem criança, é escutar o que eles estão sentindo.[11]

[11] Transcrição livre do áudio dos minutos 13'02'' a 13'52'' de **A vida dos idosos sob isolamento social**. Entrevistadores: Café da manhã. Entrevistados: Maria Cristina Menon; Carlos dos Anjos;

O trecho supra da entrevista concedida pela antropóloga desperta para, talvez, a principal ferramenta de bom relacionamento com os idosos, não só em tempos pandêmicos, mas sempre: a escuta. Tirar o idoso do local de infantilidade e de falta de capacidade e trazê-lo, ainda que nas circunstâncias mais complexas - como o caso do Coronavírus -, para o protagonismo das suas escolhas é o caminho mais digno e sensível possível para lidar com a velhice.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pretendeu-se, principalmente, promover uma reflexão acerca da sensível posição em que se encontra o idoso em tempos da pandemia da COVID 19.

Os especialistas médicos apontam – e isso já foi comprovado no cenário pandêmico – que pessoas adultas acima de 60 anos já configuram grupo de risco para o Coronavírus. Ademais, se o quadro de saúde da pessoa ainda for composto por doenças crônicas, câncer, problemas cardíacos, dentre outros, há o agravamento do risco. Nesse sentido, é massiva a parcela dos idosos que, além da idade por óbvio, possui alguma enfermidade de saúde.

É por isso que, as recomendações da OMS de isolamento social são, ainda mais, relevantes para quem se encontra já na velhice. Todavia, isso ressalta um cenário de tolhimento da autonomia privada de uma parcela de pessoas que já sofre – naturalmente, sem o momento pandêmico – de restrições na independência e na liberdade.

Nesse momento de recolhimento é preciso muita atenção para com a saúde mental dos idosos, pois existe grande e direta relação disto com a incapacidade e a perda da autonomia na velhice. Se antes já era alarmante a solidão e a falta de liberdade de alguns idosos, no momento atual é ainda mais necessária a atenção.

Por meio da escuta ativa e do diálogo, deve-se buscar uma maior compreensão quanto às escolhas autônomas do idoso. Essa autonomia só deverá ser questionada quando ações do idoso colocarem em risco a sua integridade.

É importante frisar que a capacidade de autodeterminação do idoso influi diretamente em sua qualidade de vida, contudo, para que autonomia privada possa gerar ações válidas é importante que o idoso possa compreender as decisões que emite.

---

Marilza Lojudice; Idalina Cervantes e Mirian Goldenberg. Café da manhã, 30 mar. 2020. Podcast. Disponível em: < https://open.spotify.com/episode/0rrcy2Zs1IskKra7Spvezd?si=aksr1yIFRZa-7aQ8KiXpVw>. Acesso em abril de 2020.

Nos casos em que são necessárias uma representação é essencial que se leve em conta a biografia do idoso, na reconstrução da sua vontade em consonância com as ações tomadas por esse idoso, quando a sua autonomia privada não era alvo de questionamento e estava plena.

## REFERÊNCIAS

A vida dos idosos sob isolamento social. Entrevistadores: **Café da manhã**. Entrevistados: Maria Cristina Menon; Carlos dos Anjos; Marilza Lojudice; Idalina Cervantes e Mirian Goldenberg. Café da manhã, 30 mar. 2020. Podcast. Disponível em: < https://open.spotify.com/episode/0rrcy2Zs1IskKra7Spvezd?si=aksr1yIFRZa-7aQ8KiXpVw>. Acesso em abril de 2020.

AMERICAN CANCER SOCIETY. **Common Questions About the New Coronavirus Outbreak**. Disponível em: <https://www.cancer.org/latest-news/common-questions-about-the-new-coronavirus-outbreak.html> Acesso em: 24 de abril de 2020.

BENEDETTI, Tânia R Bertoldo; BORGES, Lucélia Justino; PETROSKI, Edio Luiz; GONÇALVES, Lúcia Hisako Takase. Atividade física e estado de saúde mental de idosos. in Rev. Saúde Pública vol.42 no.2 São Paulo Apr. 2008. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102008000200016&script=sci_arttext&tlng=pt >, acesso em abril de 2020

BRASIL. **Ação Civil Pública** proposta em 06 de abril de 2020 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da UNIÃO. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2020/ACP_MedidasdeIsolamentoSocialCovid19assinada.pdf>, acesso em abril de 2020.

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

DAVIES, Jamie Hartmann-Boyce Nathan,; FROST, Rachael; BUSSEY Jon; PARK, Sophie. **Maximizing mobility in older people when isolated with COVID-19.** 27 de março 2020. Disponível em: < https://www.cebm.net/covid-19/maximising-mobility-in-the-older-people-when-isolated-with-covid-19/> acesso em: 25 de abril 2020.

DORAISWAMY, Sathyanarayanan; CHEEMA, Sohaila; MAMTANI, Ravinder, **Older people and epidemics: a call for empathy, *Age and Ageing*,** Published by Oxford University Press on behalf of the British Geriatrics Society. 30 de março de 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/ageing/advance-article/doi/10.1093/ageing/afaa060/58136> Acesso em: 25 de abril de 2020.

ERNST & YOUNG. **Hitting the sweet spot The growth of the middle class in emerging markets**, 2013. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Hitting_the_sweet_spot/$FILE/Hitting_the_sweet_spot.pdf>, acesso em abril de 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; NUNES, Marina Lacerda. Pessoas idosas com Alzheimer. In (coord.) BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. **A tutela jurídica da pessoa idosa**. Indaiatuba, SP: editora foco, 2020.

GAWANDE, Atul. **Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final** [recurso eletrônico] / Atul Gawande; tradução Renata Telles. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GORDILHO A, Sérgio J, SILVESTRE J, RAMOS LR, FREIRE MPA, ESPINDOLA E, et al. **Desafios a serem enfrentados no terceiro milênio pelo setor saúde na atenção integral ao idoso.** Rio de Janeiro: UnATI/UERJ; 2000

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. Informações sobre o novo coronavírus (COVID-19)**. Radiol**. Bras, São Paulo , v. 53, n. 2, p. V-VI, Abril. 2020 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842020000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 Abril.2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaios sobre a velhice**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

MAIO. Iadya Gama. **O envelhecimento e a capacidade de tomada de decisão: aspectos jurídicos de proteção ao idoso.** ampid associação dos membros do ministério público. 2018. Disponível em: < http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2018/06/O-Envelhecimento-e-a-capacidade-de-tomada-de-decisão.pdf> Acesso em: 17 de abril de 2020.

MARQUES, Ana Patrícia de Sousa. **A discriminação na velhice – a infantilização da pessoa idosa**. Dissertação de mestrado. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias Instituto de Serviço Social. Lisboa, 2016.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática**, p. 1-10, in Autonomia e Vulnerabilidade / [Organizado por] Taísa Maria Macena de Lima, Maria de Fátima Freire de Sá [e] Diogo Luna Moureira. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira ; GOIATÁ, Sarah Rêgo . **O pendular da autonomia e da vulnerabilidade do idoso diante da terminalidade da vida.** In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. (Org.). Autonomia e vulnerabilidade. 1ed.Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Abril de 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=comcontent&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em: 25 de abril 2020.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à autonomia privada**. 2008. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, 2008.

PEREIRA; LEAL. Conquistas e desafios para tutela dos direitos da Pessoa idosa. In (coord.) BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor. **A tutela jurídica da pessoa idosa.** Indaiatuba, SP: editora foco, 2020.

RIBEIRO. Marcus Vinicius Magalhães Cecílio; AYLON. Lislene Ledier**.** O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. V. 14, p.371.N.1, jun.2019.

SANTOS. Milton Humberto Schanes. **Coronavírus idosos e doenças crônicas**. Departamento de atenção à saúde. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: < http://www.ufrgs.br/das/campanhas/coronavirus-idosos-e-doencas-cronicas> Acesso em: 24 de abril de 2020.

SANTOS, Rebeca Aranha Arrais e Silva; CORRÊA, Rita da Graça Carvalhal Frazão; ROLIM, Isaura Letícia Tavares Palmeira; COUTINHO, Nair Portela Silva. Atenção no cuidado ao idoso: infantilização e desrespeito à autonomia na assistência de enfermagem in. **Rev Pesq Saúde**, 17(3): 179-183, set-dez, 2016.

SILVA. Morais Lameu. **Limitações à autonomia privada**, Minas Gerais. 2018. 123p. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia)-Universidade FUMEC Minas Gerais, Belo Horizonte.

VIEIRA. Marcelo de Mello. ASSIS. Bráulio Lopes de. Autonomia privada e disposição do próprio corpo: apotemnofilia em debate. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. V.2,n.1, p. 43-58 Minas Gerais, 2015.

# CIDADES VAZIAS E AS LIMITAÇÕES DA CIDADANIA NA PANDEMIA: uma Perspectiva Aristotélica

# EMPTY CITIES AND THE LIMITATIONS OF CITIZENSHIP IN PANDEMIC: an Aristotelian Perspective

Bárbara dos Santos Choucair[1]
Gabriella Véo Lopes da Silva[2]

**RESUMO:** A pandemia do coronavírus trouxe severos impactos nas formas de organização social e o isolamento social foi uma das alternativas para minar o contágio. Embora legítimo, quais foram os impactos do isolamento no exercício político realizado por meio do espaço da cidade? Traça-se um paralelo entre o exercício político em Aristóteles como condição de realização humana e a cidade moderna, bem como a restrição do seu acesso a esse direito em tempos de pandemia. Conclui-se que a teoria aristotélica, apesar de se configurar em outro paradigma de cidade, ainda possui relação com a cidade urbana e com o direito à cidade concebido na modernidade, e que, com o advento da pandemia, tal direito se encontrou em suspensão. Constata-se também que esse lugar do não-direito é uma forma de evidenciar a todos o que algumas pessoas sempre passaram, isto é, um lugar de exclusão social e não acesso à cidade.

**Palavras-chave:** Aristóteles. Cidadania. Direito à cidade. Pandemia.

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PPGD PUC Minas). Pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: choucair.barbara@gmail.com

[2] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PPGD PUC Minas). Pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior CAPES. Assessora de Juíza de Direito no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. E-mail: gabriellavlds@gmail.com

**ABSTRACT:** The coronavirus pandemic had severe impacts on forms of social organization and social isolation was one of the alternatives to undermine contagion. Although correct, what were the impacts of social isolation on the political exercise carried out through the city space? A parallel is drawn between Aristotle's political exercise as a condition for human fulfillment and the modern city, as well as the restriction of its access to this right in times of pandemic. It is concluded that the Aristotelian theory, despite being configured in another city paradigm, still has a relationship with the urban city and with the right to the city conceived in modernity, and that, with the advent of the pandemic, such right was found in suspension. It also shows that this place of non-law is a way of showing everyone what some people have always been through, that is, a place of social exclusion and not access to the city.

**Keywords:** Aristotle. Citizenship. Right to the city. Pandemic.

## 1 INTRODUÇÃO

Há autores e autoras que marcaram a história do pensamento ocidental e, através de suas ideias, delinearam a relação entre teoria e prática. Nesse sentido, um tema central na organização social sempre foi a forma como se compreende o que é o exercício político, e um autor fundamental para conceber e apreender esse conceito na historicidade ocidental é Aristóteles. Autor da Grécia Antiga, há mais de 300 anos antes de Cristo, de vasta obra que vai desde a física à metafísica, se mostra ainda muito debatido e relevante nos contextos atuais, seja para concordar, refutar ou até mesmo para propor um novo paradigma.

Uma das obras mais discutidas em Filosofia Política é justamente a "Política" de Aristóteles. Nela, em uma série de conceitos e requisitos o autor chama de "vida boa" aquela que é exercida necessariamente na Cidade. Sobre a relevância desta obra, Bodéüs (2007, p. 7) destaca que:

> Seu interesse atual é igualmente indiscutível pois o pensamento político contemporâneo não cessou de se alimentar dele. Aristóteles tornou-se atualmente uma das principais fontes das correntes antimodernistas ou antiindividualistas. Ele representa, ademais, uma das melhores testemunhas do pensamento clássico ou da tradição. E os adversários de uma 'volta a Aristóteles' não podem mais deixar de discutir esse autor. Desse ponto de vista, os trabalhos especializados consagrados à Política, que os historiadores multiplicaram, oferecem meios para avaliar melhor o seu alcance.

É sobre essa obra que a ideia de Cidade será trabalhada nesse artigo, além de como ela se relaciona com um exercício que é essencial aos seus habitantes, segundo Aristóteles, e que torna os indivíduos seres diferentes dos demais seres no mundo: a atividade discursiva.

Posteriormente, discutir-se-á como essa ideia aparece como direito positivo na atual legislação brasileira: apesar de suas enormes distinções, há uma herança histórica de Aristóteles a ser considerada. Far-se-á uma análise de como tal direito ficou em suspensão com o advento da pandemia com as medidas de isolamento social. Por fim, conclui-se que tal advento não é algo inédito no contexto atual, tendo em vista os grandes quadros de exclusão social que não permitem o exercício do político e o direito à cidade em tempos de "normalidade" a grande parcela da população.

## 2 A CIDADE EM ARISTÓTELES

Aristóteles afirma no início de "Política" que a cidade possui um fim, da mesma forma que o autor coloca no começo da "Ética a Nicômaco" em relação ao homem. Para o filósofo, a cidade não é uma mera comunidade, e sim uma reunião de todas as comunidades, logo, é aquela que visa o maior bem de todos (I, 1252a). A cidade atinge o nível máximo de autossuficiência e propicia aquilo que é o seu fim por natureza, qual seja, "assegurar a vida boa" (I, 1253a). É nesta parte do texto que surge a famosa frase de Aristóteles de que o homem é um animal político. Essa frase, muito comumente divulgada e mal interpretada, significa na verdade que o lugar de natureza do homem é na *polis*. É nela que se pode desenvolver o discurso (característica que diferencia os homens dos demais animais), e, portanto, consegue-se elucidar o que é justo e injusto (I, 1253a 10-15).

O filósofo de Estagira menciona que a cidade é anterior ao ser humano, pois o todo é necessariamente anterior à parte (I, 1253a 20). Mas, o que é essa parte? No livro III da "Política" o autor busca a definição de cidadão a partir de um critério no qual estabelece cidadania como "a capacidade de participar na administração da justiça e no governo" (III, 1275a 20-25). Considerando que os regimes se diferem, os cidadãos também se diferem a depender do regime. Assim, considerando a politeia como o melhor dos regimes, o cidadão da politeia é aquele que "tem o direito de participar nos cargos deliberativos e judiciais da cidade" (III, 1275b 15-20). Os cidadãos têm um comum dever de assegurar a segurança da cidade, mas destaca que não há uma virtude perfeita que caracteriza o bom cidadão tendo em vista as diversas modalidades de regimes (III, 1276b 25-35).

Dessa forma, ao contrário da universalidade do que seja o homem bom, isso não se aplica ao bom cidadão pois sua virtude dependerá do regime.

Ser um homem bom não é condição para viver numa cidade perfeita, ao passo que ser um cidadão bom o é (III, 1277a 0-10). Com relação a cidade, Aristóteles retoma a ideia do livro I de *politikon zoon* e acrescenta que a razão de viver em comunidade vai além da utilidade comum que isso provoca, pois é somente na cidade que é possível simplesmente viver. (III, 1278b 20-25).

Destrinchando os regimes possíveis de uma cidade, Aristóteles faz uma diferenciação entre os regimes retos dos regimes desviados. Os retos são aqueles que visam ao interesse comum, e já os desviados são aqueles que visam ao interesse particular. Dentre os regimes retos, há a realeza (governo de um), a aristocracia (governo de poucos) e o regime constitucional ou politeia (governo de muitos). Dentre os regimes desviados, há a tirania (governo de um que somente si beneficia), a oligarquia (governo de poucos que só beneficiam os ricos) e a democracia (governo de muitos que só beneficiam os pobres) (III, 1279a 35). Quando o autor desenvolve cada regime de modo específico, ele enuncia que aquilo que de fato deve ter a supremacia são as leis e estas devem ser estabelecidas de acordo com o regime, logo, regimes retos possuem leis justas, ao contrário dos regimes desviados (III, 1282b 0-10).

Por que é necessário compreender esses regimes que podem ocorrer numa cidade? Para responder essa pergunta, é necessário dedicar atenção ao livro IV**,** no qual Aristóteles retoma o conceito dos regimes retos e desviados, especificando as peculiaridades da oligarquia, da democracia, da aristocracia e, por fim, trata da melhor forma de todos os regimes (o regime constitucional, ou a politeia) e a pior forma de governo (a tirania). Ou seja: para um bom funcionamento da Cidade, local de realização humana, o regime também é fundamental para esse processo, caso contrário, o exercício político dos cidadãos não será de fato colocado em prática.

Sobre o regime constitucional, o melhor regime de todos, Aristóteles diz que é uma "mistura de oligarquia com democracia" sendo mais inclinado para a democracia (IV, 1293b 35). Ele destaca que é necessário ir além de uma boa legislação, pois deve haver o respeito e o cumprimento de fato das leis (IV, 1293b 35). Na democracia, bem como na politeia, tem-se como característica o direito de todos os cidadãos de participar do corpo deliberativo e tomar decisões. É interessante observar a importância da classe média para o regime constitucional vez que constitui a opinião da maioria e que vai além de um mero fator econômico, pois considera a virtude da prudência tratada na Ética e isso é o que determina também um melhor regime. Nesse sentido, ele diz que "a melhor vida é aquela que consiste no justo meio, isto é, o meio ao alcance da maioria. Esta mesma norma constitui o critério que permite aferir do caráter virtuoso ou perverso não só de uma cidade, como também de um regime, pois que um regime é, por assim dizer, a vida da cidade" (IV, 1295a 35-40). Ele conclui dizendo que a classe média é a melhor comunidade

política, que ela é a mais estável e que também é a mais poderosa, pois não permite extremos que levariam a revoluções (IV, 1296a 0-40).

O que se pretende elucidar neste ponto é que, para haver cidadãos e para que eles exerçam aquilo que lhes confere tal título, deve haver a prática política através do discurso. Isso só é permitido através da politeia; em uma tirania não há esse exercício político. Tal condição, coloca Aristóteles, é o que faz os homens diferentes dos demais animais: a capacidade de discursar e encontrar a justiça. Um homem em um regime inadequado ou sem uma Cidade tem uma tarefa impossível de realização de sua própria humanidade, como diz o autor: "aquele que, por natureza e não por acaso, não tiver cidade será um decaído ou um sobre-humano" (I, 1253a 10-15).

## 3 O DIREITO À CIDADE NA MODERNIDADE

O direito à cidade é hoje consolidado em diversas legislações, mas verifica-se que, na modernidade, ele não é concebido como um direito natural, mas sim fruto de lutas e movimentos sociais. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, o artigo 182 prevê que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (grifos nossos).

Para aproximar o texto legislativo de uma prática governamental, foi promulgada a Lei n. Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade. Interessante observar o capítulo IV chamado "Da gestão democrática da Cidade" do qual se extraem os seguintes artigos:

> Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
>
> I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
>
> II – **debates, audiências e consultas públicas**;
>
> III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
>
> IV – **iniciativa popular** de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
>
> Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a **realização de debates, audiências e consultas públicas** sobre as propostas

> do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.
>
> Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão **obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania**. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Através dessa legislação é possível perceber o caráter democrático, ao menos conceitual, do direito à cidade, sobretudo de participação através da deliberação em espaços públicos tendo como protagonismo o cidadão. Isso é o caráter essencial numa perspectiva aristotélica e que constitui os indivíduos não apenas como cidadãos, mas como seres humanos.

Entretanto, estabelecer intermédios entre a cidade moderna e a cidade grega é tarefa de exímio cuidado, levando em consideração os paradigmas e tempos históricos específicos de cada uma, mas um paralelo consciente de sua limitação talvez seja uma abertura para se verificar que a história não é feita de coincidências ou de linearidades.

E não é possível tratar sobre o assunto sem adentrar nas obras de Lefebvre. Importante ressaltar que o autor é contrário ao dogmatismo, logo, rejeita por completo as teorias que tentam fazer definições como acontece em Aristóteles. Em "O Direito À Cidade", publicado em 1968, Lefebvre elucida que o fenômeno da industrialização caracteriza a sociedade moderna e traz uma nova forma de racionalização à cidade, diferentemente de como era concebida na cidade arcaica.

As cidades-estados gregas, para o autor, tinham uma divisão espacial caracterizada em "propriedade privada comum" aos cidadãos em oposição à "apropriação primitiva" referente aos escravos. Sempre importante destacar que nessas cidades não eram considerados cidadãos as mulheres, crianças, escravos e determinados estrangeiros. Há também uma divisão espacial entre cidade e campo que está correlacionada a uma divisão do trabalho, isto é, de um lado há o trabalho material ligado ao campo e, do outro, há o trabalho intelectual ligado à cidade. Mas a separação do local da racionalidade como acontece na cidade industrial ainda não se tinha na cidade grega, o logos filosófico era o logos da cidade exercido principalmente nos centros organizacionais como a Ágora e a Acrópole (CANZI; TEIXEIRA, 2017, p. 1820).

Com a industrialização, tudo se modifica na concepção de Lefebvre. Há, a partir desse momento histórico, uma interdependência entre a cidade e o

seu valor de uso, fazendo alusão aos conceitos da teoria marxista em "O Capital". Com o capitalismo, a cidade passa a criar outros espaços:

> [...] a cidade gera algo de diferente, algo que a ultrapassa: no plano econômico, gera a indústria; no plano social, gera a propriedade de bens móveis (não sem transigir com as formas feudais de propriedade e de organização); no plano político, finalmente, gera o Estado. Esse é o resultado histórico da primeira grande luta das classes e das formas sociais na Europa: cidade contra campos, burguesia contra feudalismo, propriedade de bens móveis e propriedade privada contra propriedade fundiária e comunitária (LEFEBVRE, 1972, p. 44).

Em contraposição à filosofia grega que tinha o exercício político como uma virtude das cidades, com o capitalismo houve uma deturpação e uso da cidade em prol da sua lógica de comércio e lucro. Veja-se:

> O capitalismo e o neocapitalismo produziram o espaço abstrato que contém o "mundo da mercadoria", sua "lógica" e suas estratégias à escala mundial, ao mesmo tempo que a potência do dinheiro e a do Estado político. Esse espaço abstrato apoia-se em enormes redes de bancos, centros de negócios de grandes unidades de produção. E também no espaço das autoestradas, dos aeroportos, das redes de informação. Neste espaço, a cidade, berço da acumulação, lugar da riqueza, sujeito da história, centro do espaço histórico explodiu. (LEFEBVRE, 2006, p. 51).

Mas, como ressaltam Canzi e Teixeira, é importante rememorar que isso só foi possível através das relações de exploração do trabalho, como já bem ensina Marx. É através da divisão técnica do trabalho e da alienação que será possível uma sociedade de superprodução que transforma o espaço social, modificando a sua forma, função e estrutura em prol do comércio e do lucro dos donos dos meios de produção (2017, p. 1828).

Com a globalização o quadro se complexifica e se torna cada vez destruído do ponto de vista valorativo, pois a servidão a esse capital globalizado se dilui e fragmenta se distanciando dos cidadãos, não sendo possível reduzir o espaço a uma localização geográfica, ou mesmo às relações de posse e propriedade, é o que Lefebvre irá chamar de cidade-mercadoria.

Ao mesmo tempo em que há todas essas mudanças paradigmáticas da estrutura social da cidade por meio do fator econômico, há também um movimento de luta por direitos que através de manifestações e reivindicações consegue positivar em legislações o direito à cidade, como se vê, no exemplo brasileiro, com a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade em 2001.

## 4 A PANDEMIA E A PRÁTICA CIDADÃ

Durante o período pandêmico que assolou a humanidade no ano de 2020, o acesso à Cidade ficou, legitimamente, restrito. Os espaços de circulação com as medidas governamentais ficaram limitados às atividades essenciais na maioria dos países, como o acesso a apenas supermercados, farmácias e hospitais. Espaços públicos como praças, ruas, praias ficaram vazios. Além de espaços onde a cultura circula de forma mais expressiva como teatros, cinemas, shows, entre outros foram cancelados e fechados. As aulas ou foram suspensas ou migraram para o sistema virtual.

Tudo isso se justifica tendo em vista o alto risco de contaminação e mortalidade do novo coronavírus, e esse artigo não pretende de forma nenhuma questionar essas medidas de isolamento social. O ponto a ser discutido aqui são as consequências dessas medidas considerando o exercício da cidadania, e até mesmo considerando a importância dessa atividade para a condição humana, como pressupõe Aristóteles.

Segundo um balanço da agência France Presse (AFP) divulgado em março de 2020, um terço da população se encontrava, naquela ocasião, sob algum tipo de restrição de circulação[3]. Os locais de acesso ou não acesso, a intensidade e a duração do isolamento variaram de país a país, mas o que se pode perceber de impacto, medido apenas conceitualmente neste trabalho, é de que o exercício presencial da cidadania foi colocado em suspensão parcialmente.

O espaço comum dividido na Cidade propicia uma atividade política de diálogo e debate entre os cidadãos, seja no transporte público ao reclamar de uma enchente que desvia o tráfego de veículos, seja na expressão artística numa peça de teatro ou num grafite feito num muro no centro da cidade percebido por alguns ou desapercebido por outros. Tudo isso envolve a política. O espaço da cidade não pode ainda ser substituído pelos "espaços virtuais", considerando sobretudo toda a manipulação e criação de bolhas sociais através de algoritmos como bem elucida Empoli no livro "Engenheiros do Caos" (2019), mas que não cabe destrinchar no presente trabalho.

Todos os espaços ocupados e interações sociais propiciam a construção dos pensamentos, a linguagem (seja verbal ou não verbal) é o que caracteriza os indivíduos como seres humanos sociais, logo, quando o homem se isola nos espaços privados, o acesso ao comum, ao público que tanto foi pulverizado com a modernidade volta a ser fortemente antagonizado.

[3] Um terço da população mundial está em isolamento; veja medidas de diferentes países para conter o coronavírus. Reportagem do G1. Disponível em https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/27/13-da-populacao-mundial-esta-em-isolamento-veja-medidas-de-diferentes-paises-para-conter-o-coronavirus.ghtml

O exercício artístico nas cidades é de fundamental relevância para a construção de um sentimento comum partilhado de pertencimento e reconhecimento social. Acessar livremente espaços é fator não somente do exercício de um direito, mas também reforça a categoria de indivíduos autônomos como pressupõe, por exemplo, Axel Honneth em "Luta por Reconhecimento" e, mais uma vez, é a condição humana fundamental da qual ensina Aristóteles.

Como exemplo da força desse direito há manifestações públicas e legítimas acontecendo em algumas partes do mundo mesmo com proibições governamentais, como por exemplo os protestos contra a morte de George Floyd e contra toda a violência policial contra negros nos Estados Unidos com o movimento *Black Lives Matter*. A indignação e revolta não foram contidos pelo fator da pandemia, foi sobreposto o direito a ocupar as ruas da cidade e lutar em prol de uma causa política legítima[4].

A grande questão envolvida é que os espaços alternativos como o espaço virtual apresentam uma limitação frente ao espaço físico, pois, caso contrário, bastava milhares de pessoas protestarem com as suas redes sociais e assinarem uma petição online mostrando sua indignação. Vê-se que tal medida não é possível frente a forte reação social e o direito de se manifestar nas ruas. O exercício da cidadania, com todas as suas limitações na pandemia, não impediu que o povo se manifestasse diante de um outro direito sendo violado.

A pergunta que se faz é a seguinte: será mesmo que o direito à cidade e todos os direitos envolvidos e correlacionados com ele foram negados somente agora com o advento da pandemia? Como discorrer-se-á no próximo tópico, o problema passa longe de ser apenas em tempos pandêmicos.

## 5 O HISTÓRICO E ESTRUTURAL NÃO DIREITO A CIDADE

No tópico anterior, elucidou-se como se vive numa limitação do direito à cidade em razão do isolamento social provocada pela pandemia, mas aqui acredita-se que há uma indagação legítima e importante a ser considerada, qual seja: o acesso ao direito à cidade não foi sempre negado a determinada população?

Como foi visto, mesmo a cidade grega com a referência ética e primordial colocada por Aristóteles em relação à Cidade não considerava como cidadãos as mulheres, crianças e alguns estrangeiros. Posteriormente, com a cidade industrial e a modernidade, os espaços da cidade são produzidos de forma completamente desigual. Sobre essa realidade:

[4] Vide em: https://oglobo.globo.com/mundo/protestos-recentes-do-black-lives-matter-foram-os-maiores-da-historia-dos-eua-mostra-levantamento-24513754

> A segregação urbana destitui a população de direitos: o direito à cidade é pressuposto como universal - "Todos têm direito à cidade", diz Jacobi -, mas a cidade representa sua negação no plano dos fatos. Pensado como direito de cidadania, a negação desse direito implicaria a negação de todos os demais. Colocar a questão nesses termos tem um vínculo explícito com a redemocratização, já que o horizonte de mudança política havia permitido voltar a imaginar como a cidade poderia ser. E, nesse sentido, a imaginação de ambos os autores se volta a alguns dos elementos formulados por Lefebvre, ainda que Jacobi nem mesmo o cite expressamente: possibilidade de encontro e festa, de transformação do cotidiano e da vida urbana, de democracia radical com o enfrentamento das relações de poder. (TAVOLARI, 2016, sp.).

Ou seja, considerando que o direito à cidade também envolve, na contemporaneidade, o direito à vida urbana, a dignidade, o direito ao lazer, o direito ao ir e vir, entre outros, percebe-se que, na verdade, o acesso a esses direitos não está sendo negado com o advento da pandemia: para determinada população excluída socialmente esse direito desde sempre foi negado, mesmo que nas legislações tenha sido positivado. Como elucida Lefebvre:

> A formação e a expansão dos centros urbanos são sínteses do movimento da sociedade capitalista contemporânea, ou seja, expressam, concomitantemente, a ordem e a desordem global, **a acumulação da riqueza e a generalização da miséria, a concentração e a segregação**. Enfim, o espaço urbano acaba por configurar-se "como lugar dos enfrentamentos e confrontações, unidade das contradições" (CANZI & TEIXEIRA, 2017, p. 1828) (grifo nosso).

Essas contradições que negam tais direitos impactam também de forma subjetiva como cada pessoa se enxerga, isto é, impactam na estima de cada um consigo mesmo. A própria pessoa não se passa a ver como um sujeito de direitos que merece dignidade. Isto posto, pode-se compreender como ocorre a relação desse reconhecimento com o autorrespeito. Nesse sentido, eis o que Honneth diz:

> Ter direitos nos capacita a 'manter-nos como homens', a olhar os outros nos olhos e nos sentir, de uma maneira fundamental, iguais a qualquer um. Considerar-se portador de direitos não é ter orgulho indevido, mas, justificado, é ter aquele autorrespeito mínimo, necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, o respeitopor pessoas [...] pode ser simplesmente o respeito por seus direitos, de modo que não pode haver um se o outro; e o que se chama 'dignidade humana' pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de afirmar pretensões (FEIBERG *apud* HONNETH, 2003, p.196).

Assim, os indivíduos, ao apresentarem pretensões diante de uma coletividade, serão vistos com legitimidade e respeito caso sejam considerados como sujeitos dotados de direitos e, a partir disso, constituirão uma visão de si mesmos com autorrespeito. Caso contrário, haverá uma experiência de negação que constituirá num dano a si próprio.

Considerando todas essas negações de direitos históricas e estruturais, é difícil pensar formas de resistência, mas há uma capacidade de aprendê-las em tempos tão difíceis, considerando que as dificuldades provocam um deslocar que pode fazer o indivíduo se atentar a algumas situações. No caso em específico, talvez seja possível, ao experimentar o não-direito à cidade, fazer um exercício reflexivo de alteridade e pensar como é sempre ter esse direito negado, com todos os exercícios políticos sendo ceifados e violentados diariamente pelas estruturas de poder. É nesse sentido que se pode construir pensamentos, seja no meio acadêmico e seja fora dele, para pensar numa democracia fortalecida diante de quadros tão difíceis como o da pandemia.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi trabalhado ao longo desse artigo, o direito à cidade traz o questionamento anterior de qual cidade é essa em que se vive, qual o seu contexto sócio-político-econômico, quais os seus pilares, os seus objetivos e epistemologias. Fazer esse diagnóstico é fundamental para pensar qual cidade se quer construir. Afinal, "o direito à cidade representa, acima de tudo, pensar uma cidade democrática, uma cidade que rompa as suas amarras com o passado" (JACOBI apud TAVOLARI, 2016, sp.).

A perspectiva aristotélica nesse sentido é uma abertura democrática, mesmo considerando a mudança de paradigma com o mundo moderno, pois é uma teoria que ainda se mostra como um modo de pensar que tem fundamento no mundo prático e, sobretudo, no mundo prático atual. Aristóteles faz um apelo a práxis, tanto do saber do intelecto quanto da excelência moral, ou seja, encaixa numa perspectiva moderna, na qual teoria e prática estão fundidas para se praticar e construir os espaços da cidade, bem como o exercício ético e cívico dos cidadãos nela.

Assim, o pensamento clássico aristotélico corrobora para se ter uma construção permanente e aberta da cidade que se deseja, uma espécie de convite que implica o ser humano naquilo que é público e coletivo. Implicação esta que, para além dos quadros pandêmicos, deveria ser um espaço de construção de todos.

Tal abordagem teórica que acarreta um comprometimento de prática é essencial para pensar e agir, através dos discursos e dos corpos, a cidade a

ser construída. Com o advento da pandemia, vê-se esse direito sendo limitado justificadamente pelo Estado, mas, ao mesmo tempo, vê-se manifestações públicas nas ruas que demonstram a força intrínseca desse direito construído histórico-socialmente.

Para além disso, é possível, através da reclusão, refletir que na verdade esse direito, esse exercício, essa ação são, na verdade, desde sempre negados a grande parte da população com a exclusão social e étnica-racial de ocupação e vivências dos espaços. Exercer essa reflexão é dar um passo em direção ao democrático, é um convite que cada um deve se permitir fazer para que se tenha abertura na construção diária das cidades com uma cidadania plural e diversificada.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Vega Universidade, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

BODÉÜS, Richard. Aristóteles. **A Justiça e a Cidade**. "Coleção: Leituras Filosóficas". Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Brasil. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade e Legislação Correlata. 2. ed., atual. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

CAFRUNE, Marcelo Eeibs. O direito à cidade no Brasil: construção teórica, reivindicação e exercício de direitos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 4, n. 1, p. 185-206, jan.-jun. 2016.

CANZI, Idir; TEIXEIRA, Marcelo Markus. A Produção do Espaço Jurídico-Político da Cidade: uma Abordagem a partir da Teoria de Henri Lefebvre. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, nº 4. 2017. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28825> Acesso em 25 de setembro de 2020.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Vestígio, 2019.

FIORAVANTI, Lívia Maschio. Reflexões sobre O "Direito À Cidade" em Henri Lefebvre: Obstáculos e Superações. **Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais**, Recife, v. 02, n. 02, 2013. Disponível em < https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistamseu/article/view/229812>. Acesso em 21 de setembro de 2020.

Um terço da população mundial está em isolamento; veja medidas de diferentes países para conter o coronavírus. **G1**. 27 de março de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/27/13-da-populacao-mundial-esta-em-isolamento-veja-medidas-de-diferentes-paises-para-conter-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

GOMES, Andrea da Silva; PIRES, Mônica de Moura; DA MATA, Catrine Cadja Indio do Brasil; LEAL, Erica Almeida; LUNA, Ferlanda. Evolução dos Aglomerados Urbanos na América Latina: uma análise do direito à cidade. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 12, nº 2, 2020. Disponível em < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50061/33970>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

HARVEY, David. O direito à cidade. **Lutas Sociais**, Revista do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais (NEILS), nº 29, 2012. Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais – PUC/SP. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18497/13692>. Acesso em 21 de setembro de 2020.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes, do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais (Trad. Luiz Repa). São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEFEBVRE, Henri. **O pensamento marxista e a cidade**. Póvoa de Varzim: Tipografia Camões, 1972.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução de T. C. Netto. São Paulo: Documentos, 1969.

LEFEBVRE, Henri. **A produção do espaço**. Trad. Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins (do original: La Production de l'espace. 4. ed. Paris: Éditions Anthropos, 2000). Primeira versão início – fev. 2006.

LEFEBVRE, Henri. **Espaço e política**. Trad. Margarida Maria de Andrade e Sérgio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

Protestos recentes do Black Lives Matter foram os maiores da História dos EUA, mostra levantamento. **O Globo**. 03 de julho de 2020. Disponível em < https://oglobo.globo.com/mundo/protestos-recentes-do-black-lives-matter-foram-os-maiores-da-historia-dos-eua-mostra-levantamento-24513754>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

TAVOLARI, Bianca. Direito à Cidade: uma trajetória conceitual. **Novos estudos CEBRAP**. vol.35 no.1 São Paulo Mar. 2016. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002016000100005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 20 de setembro de 2020.

SOTO, William Héctor Gómez. Espaço e política em Lefebvre. **Pensamento Plural**, Pelotas, julho/dezembro 2008. Disponível em <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/pensamentoplural/article/viewFile/3748/3036>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

# COMINAÇÃO ELÁSTICA DAS PENAS: Violações Constitucionais, Direito Penal do Autor e Parâmetros

# ELASTIC DETERMINATION OF SANCTIONS: Constitutional Violations, Criminal Law of the Author and Parameters

Fábio Rocha de Oliveira[1]

**RESUMO:** Consolidou-se na técnica legislativa brasileira a cominação de penas em patamares mínimo e máximo extremamente distantes, inexistindo critério normativo preestabelecido que limite a arbitrariedade do legislador. Isto estende em demasia o poder punitivo estatal, sujeitando os indivíduos à possibilidade de penas pouco delimitadas, o que afronta os princípios constitucionais da legalidade e da individualização das penas. Penas elásticas mitigam a compreensão social adequada da sanção delimitada para um crime específico, além de incrementarem o risco de arbítrio judicial na fixação da reprimenda em um caso concreto. Ademais, os critérios pessoais estabelecidos na legislação penal para a dosimetria da sanção, em cotejo com o distanciamento dos limites cominados no tipo penal, levam a uma resposta penal condizente com o Direito Penal do Autor. Portanto, mostra-se necessária a criação de um critério que restrinja a cominação elástica de penas, o qual pode ser vislumbrado a partir da diretriz da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Autor. Penas elásticas. Princípios constitucionais.

**ABSTRACT:** It is common in Brazil to use a legislative technique in which the maximum sanction for a crime is stipulated at a level that is far from the minimum sanction, and there is no pre-established normative criterion that limits the

[1] Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, assessor judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Endereço eletrônico: fabiofdufmg@gmail.com.

arbitrariness of the legislator. This greatly increases the state's punitive power, subjecting individuals to the possibility of indefinite punishments, contrary to the constitutional principles of legality and individualization of punishments. Elastic punishments diminish the adequate social understanding of the specific sanction for a crime, in addition to increasing the risk of judicial arbitrariness in sentencing in a specific case. In addition, the personal criteria established in the penal legislation for sentencing determination, in comparison with the distancing of the limits of the punishment in the penal type, lead to a penal response consistent with the Criminal Law of the Author. In conclusion, it is necessary to create a criterion that restricts the stipulation of elastic sanctions, which can be seen from the principle of proportionality.

**Keywords:** Criminal Law of the Author. Elastic sanctions. Constitutional principles.

## 1 INTRODUÇÃO

No estudo principiológico e dogmático do Direito Penal brasileiro, a análise do tipo penal merece uma atenção especial – e devida – da doutrina e da jurisprudência pátrias, mas o foco do exame da legalidade e demais diretrizes constitucionais cinge-se à descrição da conduta típica. Assim, o preceito secundário do tipo, no qual a resposta penal ao comportamento proscrito é determinada, acaba por ter sua análise relegada a um segundo plano. E, neste ponto, destaca-se uma circunstância que se afigura extremamente relevante e simultaneamente pouco perquirida no pensamento jurídico nacional, qual seja, a cominação elástica das penas.

Consolidou-se na técnica legislativa brasileira – a qual não difere, via de regra, das legislações penais estrangeiras – a determinação das penas mínima e máxima, para cada tipo penal, em patamares bastante distantes. Basicamente poder-se-ia afirmar que a maioria dos crimes tem limites sancionatórios muito elásticos: para citar alguns poucos de inumeráveis exemplos, a pena máxima do homicídio simples é superior ao triplo da mínima; no furto qualificado a reprimenda máxima é o quádruplo da mínima; no peculato a pena máxima é o sêxtuplo da mínima; na lesão corporal doméstica é sanção máxima é doze vezes o *quantum* da mínima.

Esta estipulação é realizada, por óbvio, pelo legislador, para ser examinada e aplicada, em cada caso concreto, pelo juiz. Mas estaria o parlamentar federal, em sua decisão de índole político-criminal, livre de quaisquer parâmetros para tal determinação? Indo além: o distanciamento do tempo de pena privativa de liberdade mínima e máxima implicaria algum vício jurídico?

Este artigo visa apenas trazer algumas reflexões aos leitores acerca de tais questionamentos.

Para isso, utilizou-se o recurso metodológico da pesquisa teórica, fulcrada principalmente na análise doutrinária – ilustrada por exemplos jurisprudenciais aleatórios representativos das correntes pátrias majoritárias – dos princípios constitucionais penais que possuam vislumbrável relação com o tema colocado em debate; inexistindo regra específica (constitucional ou infraconstitucional) que responda à questão do limite da elasticidade das penas cominadas a um tipo penal, buscou-se a orientação das diretrizes principiológicas consagradas no Direito Penal pátrio, para analisar se tal elasticidade é de fato um problema jurídico e, diante de uma hipotética resposta positiva, como equacioná-lo.

A partir deste enfoque, identificou-se *a priori* a relação direta do objeto deste estudo com os princípios da legalidade estrita, individualização da pena e proporcionalidade, sendo que tal análise será correlacionada com os critérios legais de dosimetria da pena, para então se compulsar como resultado possível uma estipulação da sanção penal voltado ao Direito Penal do Autor, além de maximizar o risco da "loteria judicial" atinente a um arbítrio na fixação da reprimenda por cada magistrado sentenciante em casos semelhantes. Delimitado o problema, apresentar-se-á um esboço de tese de parâmetro limitador da elasticidade cominatória penal, acrescido da crítica antecipada de sua aplicação aos tipos penais abertos. Este é resumidamente o caminho metodológico no qual o leitor é convidado a embarcar para a compreensão da proposta teórica suscitada no estudo apresentado neste singelo artigo.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Inicialmente, deve-se salientar que, se a atuação legislativa se dá pela representatividade popular, como exercício de sua soberania, resta nítido que qualquer restrição a ela deve decorrer do texto constitucional. Neste ínterim, nossa Constituição Federal de 1988 traz algumas balizas de relevo e aqui interessam precipuamente os princípios da legalidade e da individualização da pena. O art. 5º, XXXIX, dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", enquanto seu inciso XLVI determina que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

Estas duas normas principiológicas tem relação direta com a cominação das penas pelo legislador a um dado tipo penal, pois nossa Carta Política dispõe que apenas a lei (em sentido estrito) pode fixar e individualizar as

sanções cominadas a uma infração penal. Em uma análise apressada de tais dispositivos constitucionais, seria possível concluir que o Congresso Nacional satisfez tais princípios ao prever, por exemplo, no art. 129, §9º, do Código Penal, uma pena que vai até seu duodécuplo[2]. Todavia, tal conclusão encontra-se equivocada, como se demonstrará a seguir.

## 2.1 Legalidade

O princípio da legalidade estrita em matéria penal é explicado por Rogério Greco, expondo sua função de conferir certeza e tranquilidade ao cidadão contra a possibilidade de arbitrariedade do poder punitivo do Estado:

> O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitraria e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibussolutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (GRECO, 2004, p. 104).

Igual é o magistério de Paulo Queiroz:

> Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade individuais. (QUEIROZ, 2005, p. 26).

[2] Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...). § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Queiroz expõe que os tipos penais abertos ofendem a diretriz da taxatividade oriunda do princípio da legalidade estrita, sendo que tal ponderação abarca também o preceito secundário dos tipos penais:

> O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio. (QUEIROZ, 2001, p. 23-24).

Assim, a legalidade estrita, em matéria penal, não se esgota na observância de uma forma. Em outras palavras, não basta a edição de uma lei pelo órgão competente. A legalidade, em seu sentido material ou substancial, visa conferir segurança ao cidadão, ou seja, ele deve saber exatamente: a) que conduta é prevista como crime e b) a que pena será submetido se cometer o crime previsto.

Quanto ao conhecimento preciso da sanção, certo é que tal segurança não se perde se houver alguma pequena variação quantitativa na pena e, assim, a fixação de parâmetros mínimo e máximo por si só não representa uma ofensa à legalidade. Pelo contrário, resta cediço que tais limites mínino e máximo são inclusive recomendáveis, pois uma reprimenda única fixa inviabilizaria ao magistrado adequar a pena apropriada às circunstâncias específicas do caso concreto (FRAGOSO, 1975, p. 24). Assim, a técnica de cominação de penas mínima e máxima não se afigura problemática, desde que tal oscilação seja de pequena monta. Por força do princípio da legalidade, o que uma pessoa precisa saber é, em termos aproximados, qual seria a pena a ela aplicável no caso do cometimento de um delito. Pequenas variações não afastam esta expectativa de qual seria, por aproximação ou probabilidade, a resposta do Estado-juiz diante daquela conduta criminosa perpetrada.

Portanto, em termos claros, o princípio da legalidade estrita exige que qualquer pessoa, ao ser questionada no seguinte sentido – "se alguém cometer o crime Y, quanto tempo receberá de pena privativa de liberdade?" – ela seja capaz de responder: "em torno de X meses ou anos".

O argumento *reductio ad absurdum* bem ilustra o caso: se uma lei criar um tipo penal com uma pena cominada de 01 a 40 anos de reclusão, seria esta uma lei constitucional? Em tal hipótese, parece não haver dúvida de que o vício de inconstitucionalidade mostra-se patente, por ofensa ao princípio da legalidade, sob seu aspecto material de conferir segurança ao cidadão acerca do conhecimento certo da resposta penal a uma determinada conduta proibida. Se uma oscilação de tal monta é vedada, qual o limite possível de

uma cominação elástica de penas? Até que ponto as penas mínima e máxima podem se distanciar sem que o preceito secundário do tipo penal incorra em vício? Sob tal enfoque, os exemplos reais alhures destacados – com variações como seis (art. 312 do Código Penal) ou até doze vezes (art. 129, §9º, do Código Penal) entre as penas mínimas e máximas – não destoam, na essência, da absurda hipótese fictícia acima ventilada. Em suma, em tais delitos a pessoa não sabe a qual pena está efetivamente submetida.

Outrossim, não se pode olvidar que, no sistema brasileiro, o juiz não possui representatividade popular; ele não foi eleito para o desempenho de suas funções judicantes. Coloca-se tal ponderação porque, ainda que o magistrado tenha autoridade juridicamente conferida para dosar a pena a ser aplicada após concluir pela responsabilidade penal do acusado, não é ele – e sim o legislador, representando o povo – que tem a atribuição dada pela Constituição Federal de definir qual a pena cabível em abstrato para determinada infração penal. Ora, se o tipo penal estipula patamares sancionatórios incrivelmente elásticos, o que o legislador faz em verdade é, de modo oblíquo, conferir um "cheque em branco" para o juiz, ampliando em demasia o poder discricionário deste para escolher a pena cabível para a repreensão de uma conduta típica. Mas, repisando, o juiz não tem representatividade popular que se obtém via sufrágio.

Em suma: quando o povo escolhe – por meio do devido processo legislativo, incumbido ao Congresso Nacional e à Presidência da República – qual é a pena aplicável para um crime, com patamares estreitos e bem definidos, deixando nítida a resposta penal aproximada para um dado delito, obviamente incumbe ao juiz adequar tal sanção às peculiaridades do caso concreto. Assim, o legislador define a pena cabível para o crime, enquanto o juiz define a reprimenda adequada para o condenado. Contudo, quando o legislador "lava suas mãos" e deixa de estabelecer de modo mais preciso a sanção condizente com a conduta narrada no tipo[3], ambas as funções acabam por se imiscuir no Poder Judiciário, desvirtuando a lógica republicana.

Essa é a síntese do brocardo "nullum crimen nulla poena sine lege certa". Compartilhando do mesmo entendimento, Mirabete ensina que a cominação de sanções em margens elásticas no tipo penal, tornando a resposta penal indeterminada, afronta o princípio da legalidade (MIRABETE, 2011, p. 40).

[3] Quando, por exemplo, o legislador diz que alguém que comete uma concussão ou corrupção passiva pode receber tanto dois anos quanto doze anos de prisão, ele em verdade não estabelece qual a pena adequada para tal conduta, transferindo tal função – precipuamente legislativa – para o julgador do caso concreto.

## 2.2 Individualização da Pena

Nossa Carta Magna também impõe a individualização da pena, sendo sabido que tal tarefa incumbe tanto ao juiz sentenciante (que define a sanção concreta ao condenado) e aos órgãos de execução (que determinarão a forma de cumprimento da pena) quanto ao legislador (que cominará a reprimenda aplicável a cada infração penal). Neste ponto, o legislador deve, diante de uma dada conduta-padrão por ele tipificada, raciocinar qual é a pena adequada para repreendê-la, em circunstâncias "normais" de cometimento. Ou seja, ao descrever um comportamento, o legislador supõe as condições comumente inerentes ao mesmo e estipula uma sanção que considerada adequada.

Estas condições ou circunstâncias ínsitas à conduta-padrão prevista no tipo penal guardam correspondência com a pena mínima estipulada pelo legislador. Isto porque não faria sentido que a lei cominasse uma pena mínima considerada em tese insuficiente para aquele comportamento tipificado. Portanto, quando o legislador prescreve uma reprimenda mínima para um crime, ele o faz tendo por parâmetro o cometimento daquele comportamento delituoso pelo agente em circunstâncias comumente inerentes ao mesmo.

Justamente por tal razão, quando o magistrado sentenciante, ao concretizar a sanção ao condenado, analisa as circunstâncias concretas do caso, em cotejo com as diretrizes de dosimetria do art. 59 do Código Penal – circunstâncias judiciais que definirão a pena-base – e concebe que tais circunstâncias fáticas se mostram ínsitas ao tipo penal violado, ele fixará a pena-base em seu patamar legal mínimo.

Esta concepção é agasalhada pelo Superior Tribunal de Justiça de forma pacífica, tendo a Corte sedimentado que "para que haja possibilidade de incremento, há de ser demonstrado um plus, uma particularidade de audácia ou uma outra constatação concreta, que possa revelar situação de diferenciação, descortinando uma excepcionalidade tal, apta a legitimar um juízo de maior rigor" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 144.487/DF). No mesmo sentido:

> De fato, esta Corte Superior já firmou o entendimento de que a pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime ou com fundamento em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 61.007/PA)

Neste ínterim, se o legislador imagina, por exemplo, que alguém que lesiona levemente outrem em um contexto de violência doméstica mereça, em circunstâncias ínsitas ao delito, uma pena de três meses de detenção, como poderia também merecer três anos? Ora, se a pena de três meses é

entendida como satisfatória para tal delito em circunstâncias ordinárias, é desarrazoado que a sanção máxima cominada equivalha à prática de doze crimes distintos.

Para entender o papel do legislador na cominação da pena, Bitencourt bem explica a questão ao situar a passagem da estipulação da sanção penal no Direito medieval para o Direito Penal moderno: de um momento de arbítrio judicial (indeterminação legal absoluta da pena), passou-se ao arbítrio legal (determinação legal absoluta da pena), para, ao final, adotar-se o sistema intermediário de indeterminação legal relativa da pena, ou seja, o juiz fixaria a pena, por meio de sua persuasão racional, entre os limites mínimo e máximo definidos na lei. Vejamos seu ensinamento:

> (...) a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o "mal justo" na exata medida do "mal injusto" praticado pelo delinquente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval.
>
> A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do "poder de julgar" constituiu um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare de Beccaria visando a reforma do Direito punitivo. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto da dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta determinação não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.
>
> Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem a determinação absoluta, nem absoluta indeterminação.

> Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, dentre os quais pode variar a mensuração da pena. (BITENCOURT, 2003, p. 550-551).

Portanto, é nitidamente salutar a estipulação de limites (mínimo e máximo) para a atuação do magistrado na dosimetria da pena. Contudo, o que passa hodiernamente desapercebido é que, quando a lei estipula limites mínimo e máximo incrivelmente distantes e elásticos, em verdade retornamos ao estágio do arbítrio judicial característico do medievo. Se o magistrado sentenciante pode, por exemplo, diante de um funcionário público acusado de se apropriar de um bem de que tem a posse em função do cargo, fixar uma pena de dois anos ou de doze anos de reclusão, avaliza-se o arbítrio judicial.

Certamente a fundamentação da sentença cumpre função mitigadora deste arbítrio, mas não o elimina, mesmo porque a margem de discricionariedade do julgador remanesce elevada mesmo na exposição de sua motivação. Justamente por isto quem atua nas lides forenses observa, com notável frequência, que casos similares recebem sanções extremamente diferentes, tão somente em função do "peso da mão" de cada juiz sentenciante, o que determina assim uma "loteria judicial". Tal dissonância é fator de clara insegurança social.

Portanto, cominando sanções demasiadamente elásticas para um tipo penal, o legislador descumpre a exigência constitucional de que "individualize" as penas de um crime em abstrato. O Estado-executor individualiza a forma de execução da pena a partir das peculiaridades do cumprimento da reprimenda pelo apenado; o Estado-juiz individualiza a sanção ao aplicar uma pena específica apropriada para as circunstâncias fáticas do caso concreto por ele julgado; por sua vez, o Estado-legislador individualiza a pena para uma conduta em abstrato ao estabelecer, dentro de uma faixa sancionatória bem definida e delimitada, qual é a resposta penal específica para aquele comportamento proscrito. Em outras palavras, individualizar a pena, para o legislador, é mais do que simplesmente fixá-la: ao cominar penas que vão de 02 a 12 anos, 06 a 20 anos, 03 meses a 03 anos, o legislador fixou as penas, mas não individualizou qual é a resposta específica e bem delimitada do Estado para aquela conduta tipificada.

## 3 CRITÉRIOS PESSOAIS DE DOSIMETRIA E DIREITO PENAL DO AUTOR

Além das considerações acima expendidas, outra a elas se agrega. Diante da variação entre as penas mínima e máxima, o juiz escolherá a

sanção a partir das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, *in verbis*, além de outras eventuais causas de oscilação, se houver[4]:

> Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Perceba-se que, dos oito vetores de balizamento elencados pela norma acima transcrita (as chamadas "circunstâncias judiciais"), ao menos metade deles refere-se a aspectos subjetivos que dizem respeito tão somente à pessoa do acusado e não propriamente ao crime *sub judice*: antecedentes, conduta social, personalidade e motivos. Alguns autores chegam a sustentar que, das oito circunstâncias judiciais, cinco delas seriam meramente pessoais, ao inserirem no grupo acima mencionado também a culpabilidade (STOCO, 2019). Vejamos:

> As circunstâncias judiciais podem ser classificadas em dois grupos. No primeiro grupo, estão as circunstâncias subjetivas ou pessoais, compostas pela culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos. No segundo grupo, estão as circunstâncias objetivas ou reais, compostas pelas circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima. (PEREIRA , 2014).

Tal observação mostra-se essencial porque, diante de uma cominação elástica das penas mínima e máxima para um certo tipo penal, circunstâncias que são alheias ao próprio injusto terão papel destacado para determinar a sanção cabível àquela infração penal cometida.

[4] Destaque-se, neste ponto, que as chamadas "circunstâncias judiciais" do art. 59 do Código Penal tem papel destacado na dosimetria da pena. Isto porque todo e qualquer crime terá sua pena definida pelo magistrado sentenciante a partir dos critérios balizadores do art. 59 do Código Penal; por outro lado, pode não ocorrer a incidência de quaisquer outras causas de oscilação da reprimenda (atenuantes, agravantes, minorantes, majorantes). Portanto, o "peso" da valoração das oito circunstâncias judiciais sobre a pena a ser definida para o condenado é certo; já a interferência de outras circunstâncias é meramente eventual. Disso decorre a importância elevada dos critérios do art. 59 do Código Penal.

Isto faz com que a dosimetria da pena, no caso de um grande distanciamento dos patamares sancionatórios, caminhe para um Direito Penal do Autor – o qual sabidamente deve ser evitado ou ao menos mitigado – pois a reprimenda concreta do acusado será determinada, em grande medida, por circunstâncias que dizem respeito a quem ele é – ele já cometeu crimes anteriores? como era seu comportamento em seus vínculos sociais? ele tem personalidade desviada ou distorcida? ele busca satisfazer motivos nefastos ao agir? – ao invés de a pena corresponder apenas ao que ele fez.[5]

Basta imaginar que, se um crime tem a pena máxima quatro, cinco, seis, várias vezes superior à mínima, por exemplo, um acusado que tenha valorado em seu desfavor tais circunstâncias judiciais eminentemente pessoais receberá uma reprimenda que equivaleria à prática de vários destes crimes – considerada a pena mínima aplicável ao referido delito em circunstâncias ordinárias – malgrado somente tenha perpetrado somente uma infração.

Nesse ponto, impende salientar que, para mitigar a arbitrariedade judicial na escolha da pena a ser imposta ao condenado, cresce substancialmente a aceitação jurisprudencial de um critério objetivo para a elevação da sanção a partir das circunstâncias judiciais valoradas na sentença como desfavoráveis a ele: considerada a distância entre a pena mínima e a pena máxima daquele tipo penal (e aqui se situa o problema debatido nesse estudo), cada uma das oito circunstâncias judiciais elevaria a reprimenda na fração de 1/8 (um oitavo). Com base nesse critério, sendo todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado (ou meramente ínsitas ao tipo penal violado), a pena-base situar-se-ia no mínimo legal; a cada circunstância judicial desfavorável, ela se elevaria em 1/8 do *quantum* resultante da diferença entre as penas máxima e mínima, de modo que, sendo todas as circunstâncias judiciais negativas ao apenado, ele receberia a sanção máxima.

Observemos as decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, o qual vem consolidando seu entendimento nesse sentido:

> (...) em atenção os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia, a fixação da fração de aumento por cada circunstância judicial, no caso concreto, deve considerar: a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o

[5] A existência, em si mesmo considerada, de circunstâncias judiciais de cunho precipuamente subjetivo ou pessoal, já é objeto de vigorosas críticas doutrinárias, pelas razões acima expostas. O que se pretende aqui demonstrar é que a elasticidade das penas cominadas maximiza este problema.

> crime; e c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos. O Tribunal de origem majorou a pena-base, por cada circunstância judicial negativa, no patamar de 1/8 (um oitavo) do intervalo existente entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito de furto qualificado (de 2 a 8 anos de reclusão), o que não se mostra flagrantemente exorbitante ou desproporcional. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp 1476032 / PR).

De fato, a Corte a quem incumbe a uniformização da interpretação da lei federal – nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal – vem sedimentando sua concepção de que, via de regra, cada circunstância judicial desfavorável ao acusado implica um aumento de um oitavo na sanção a partir do intervalo entre as penas mínima e máxima, sendo que apenas excepcionalmente uma gravidade acentuada de alguma circunstância judicial específica autoriza a adoção de fração diversa:

> Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da proporcionalidade da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal reconhecidas como desfavoráveis ao réu, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no REsp 1743945 / PR).

> Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo), fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime em questão (5 meses), resultaria no acréscimo de 1 mês e 26 dias à pena mínima cominada pelo tipo penal. Como não há agravante, atenuantes, causas de aumento ou diminuição da pena a serem valoradas, torno definitiva a pena do crime de ameaça em 3 anos de detenção, nos termos do reconhecido pelo Tribunal a quo, porquanto se mostra proporcional e bem próximo do parâmetro jurisprudencialmente indicado. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 409775 / RS).

A partir de tais parâmetros, um exemplo bem elucida o problema decorrente da cominação elástica da pena em cotejo com a predominância de circunstâncias judiciais de natureza pessoal: Tício comete o crime previsto no art. 129, §9º, do Código Penal; as circunstâncias judiciais lhe são inteiramente favoráveis e, ausentes outras causas de oscilação, recebe uma pena de 03 meses de detenção. Mévio perpetra exatamente o mesmo delito, em circunstâncias fáticas objetivas idênticas, mas ele possui antecedentes criminais e

apurou-se nos autos que sua conduta social e personalidade são desfavoráveis e os motivos da infração são desabonadores. A partir dos critérios acima expostos, Mévio, por questões unicamente pessoais, poderia receber uma reprimenda superior a 01 ano e 07 meses de detenção. Tendo Mévio e Tício perpetrado a mesma conduta, a gritante diferença na resposta penal decorre apenas da valoração sobre quem eles são e não sobre o que eles fizeram.

Em resumo: quanto maior a distância entre a pena mínima e a pena máxima no tipo penal, maior representará a fração de aumento de pena correspondente a cada circunstância judicial negativa. Sendo ao menos metade delas de cunho pessoal, a elasticidade da cominação acaba por incrementar a adoção do Direito Penal do Autor na dosimetria da reprimenda. Observe-se a doutrina de Fábio Roque Araújo a esse respeito, ressaltando a injuricidade da punição do condenado pelo que ele é:

> Direito Penal do fato é aquele que não leva em consideração aspectos pessoais do criminoso, mas sim o fato por ele praticado. Podemos afirmar que, nesse caso, "pune-se pelo que se fez, e não pelo que se é". Direito Penal do autor, por outro lado, é aquele que pune de acordo com meros estados existenciais. Em suma, "pune-se pelo que se é, e não pelo que se fez". Esse modelo de Direito Penal constitui afronta ao princípio da lesividade. [...] O Direito Penal moderno é o Direito Penal do fato, não o Direito Penal do autor. Em outras palavras, o agente responde por aquilo que faz, e não por aquilo que é. Essa consagração do Direito Penal do fato é decorrência do princípio da lesividade, que impede a incriminação desses estados existenciais. (ARAÚJO, 2019, p. 10 e 43).

Por corolário, a conjugação dessas duas constatações deletérias – quais sejam, a indeterminação legal da pena (em virtude de sua cominação elástica) e a utilização de critérios pessoais do autor para sua mensuração (notadamente nas circunstâncias judiciais da pena-base) – potencializa a vulneração ao garantismo penal. A maximização do poder do juiz contrapõe-se à minimização das garantias da parte. Se o magistrado sentenciante pode estipular uma reprimenda com exacerbada e desarrazoada discricionariedade, valendo-se inclusive de circunstâncias pessoais alheias ao fato sob apuração, abre-se a possibilidade de adoção ilegítima de um estado de defesa social.

Observemos o ensinamento de Carvalho, que analisa com propriedade a adoção do garantismo pelo Direito Penal brasileiro, como forma de racionalizar a aplicação da pena em limitação ao poder punitivo, rejeitando assim sistemas de "defesa social" em prejuízo dos direitos e garantias individuais do autor do crime:

> A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a "defesa social" acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Entendidos como vínculos substanciais de caráter negativo (limitadores da intervenção), impõem um dever de observância que a maioria, inclusive a unanimidade, não pode legitimamente violar, visto estarem garantidos e alijados de qualquer forma de disponibilidade. Destarte, os direitos fundamentais adquirem condição de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do inegociável (...) cujo sacrifício dessa condição não pode ser legitimado sequer para justificar a manutenção do bem comum, significando dizer que os direitos fundamentais constitucionalizados têm a função de estabelecer o propósito e os limites do direito penal nas sociedades democráticas. (CARVALHO, 2001, p. 17)

Pertinente, nesse ponto, a crítica apresentada pelo magistrado Nivaldo Brunoni em artigo publicado na Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, na qual o juiz de direito expõe que a utilização de critérios pessoais para elevação desmesurada da pena subverte o Direito Penal do Fato, que possui arrimo no princípio constitucional da culpabilidade.

> Resulta criticável, pois, a assertiva de que para delinqüentes com graves perturbações de personalidade está mais indicada uma pena de vários anos e para delinqüentes sem graves problemas de socialização o recomendado é um patamar menor. Isso significaria fixar a pena em função de uma actio inmoral in causa, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo, correndo-se o risco de se acabar com o conceito tradicional de culpabilidade penal e transformar-se o direito penal em uma espécie de terapêutica psicológica ou psiquiátrica. (...) se no juízo de culpabilidade já existe uma tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social esta opção fica nítida. Com isso se propicia precedentes absolutamente despropositados como o que considera 'fundamentada a decisão que, entre o mínimo de três anos e o máximo de quinze anos (art. 12 da Lei 6.368/76), revela a fixação em nove anos, consideradas a conduta social do agente e a personalidade voltada ao delito', quando sequer tais fatores poderiam se prestar à exasperação da pena, pois, como visto, se consubstanciam num Direito Penal de

> autor (sem falar na dificuldade de demonstração e definição do que consiste a personalidade voltada ao delito). (BRUNONI, 2007).

Merece uma especial atenção, nesse ponto, o caso do tráfico de drogas, mormente por ser uma das condutas criminais que mais impulsiona o encarceramento em massa que atualmente vivenciamos (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

A incongruência acima apontada é percebida de forma clara nas imputações de tráfico de drogas, cujas penas privativas de liberdade podem variar, na prática, de 01 ano e 08 meses de reclusão (no caso do tráfico de drogas perpetrado nas condições do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06) até 15 anos de reclusão.

Vejamos um exemplo que, não obstante seja hipotético, é analisado cotidianamente nas Varas de Tóxicos e nos Tribunais de Justiça[6]: Tício e Mévio são flagrados vendendo, juntos, a um usuário, uma bucha de maconha. A conduta típica praticada por eles é rigorosamente a mesma. As circunstâncias fáticas são idênticas para ambos. A única diferença é a vida pregressa: Mévio é primário, enquanto Tício é reincidente (digamos que, quatro anos antes, ele tenha sido condenado por injúria, por ter xingado seu vizinho). Via de regra, ausentes outros gravames, Mévio será condenado a uma pena inferior a dois anos, em regime aberto, substituída por sanções restritivas de direitos; Tício receberá uma pena próxima de seis anos de reclusão, em regime fechado, sem direito a quaisquer benefícios. A enorme diferença entre as respostas penais dadas a eles decorre de uma única circunstância unicamente pessoal, eis que o comportamento ilícito de ambos foi idêntico.

Resta indagar se passaria por um crivo constitucional de proporcionalidade tal diferenciação, decorrente da elasticidade entre os limites mínimo e máximo das penas cominadas. Afinal, qual é a pena adequada a alguém que vende uma certa quantidade de droga? Supor que, teoricamente, pode-se responder que alguém receba uma sanção inferior a dois anos ou próxima de quinze anos por uma mesma conduta típica representa uma ofensa às diretrizes da legalidade – que exige a clareza legal da sanção cabível – e da individualização da pena – que exige que ações delituosas similares recebam penas próximas.

---

[6] Entre infindáveis casos reais, trago aqui dois exemplificativos. Na apelação criminal nº 1.0672.17.013039-3/001, apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerias, dois acusados traziam consigo, em conluio, uma pequena quantidade de pedras de crack, sendo que um deles era reincidente e possuidor de maus antecedentes; ao réu primário foi concretizada uma pena corporal de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por sanções restritivas de direitos; o reincidente recebeu uma pena corporal de 06 anos e 05 meses, em regime fechado, vedada a substituição. O mesmo ocorreu na apelação criminal nº 1.0024.14.229264-8/001, julgada pela mesma Corte.

## 4 PROPOSTA DE PARÂMETRO

Portanto, diante do que restou acima exposto, é dedutível que precisa haver um limite para a liberdade do legislador em cominar os limites penais de uma sanção em um tipo penal. Todavia, infelizmente não há um parâmetro jurídico (constitucional) que estabeleça o limite aceitável de tal variação sancionatória da pena em abstrato. Lado outro, torna-se inócua e meramente acadêmica a crítica sem proposta de resolução da *questio iuris*. Neste cenário, incumbe à doutrina e à jurisprudência construir um parâmetro cabível até que sobrevenha uma definição legal.[7]

O guia possível para tal tarefa é o princípio da proporcionalidade, eis que "a harmonia do sistema normativo penal pressupõe correlação e equilíbrio entre o grau de ofensa ao bem jurídico, provocado pela prática do crime, e a medida da pena aplicável ao caso." (NUCCI, 2013, p. 453). A diretriz constitucional da proporcionalidade se impõe sobre o legislador, pois determina que a resposta penal a ser cominada na tipificação do delito deve ser proporcional à gravidade do injusto tipificado.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade de normas penais com base no princípio da proporcionalidade: "o significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da 'proibição do excesso': fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 104312). No mesmo sentido se manifestou Juarez Tavares, invocando a viabilidade de utilização do princípio da proporcionalidade para limitação do arbítrio legal na cominação de penas:

> Concebida como expressão de poder, a pena, contudo, deve guardar relação proporcional com o dano social produzido pelo delito. Desde que inexista essa relação ou se apresente ela de modo absolutamente inexpressiva, pode-se questionar a validade da norma que instituiu a punição, em face de haver o legislador atuado arbitrariamente na sua confecção. [...] A questão que se põe á a seguinte: pode subsistir tal legislação em face do critério da proporcionalidade? Evidentemente, urge uma profunda reforma nessas cominações, não para aumentá-las, mas para limitar o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam [...]. (TAVARES, 1992, p. 24).

[7] Há vários exemplos em que, ausente o parâmetro legal, incumbiu à doutrina e à jurisprudência tal delimitação, como no caso do que seria "pequeno valor" para definição do furto privilegiado ou do que seria insignificante para efeito de aplicação do princípio da bagatela.

Sobre o tema, Mariângela Gama de Magalhães Gomes ensina que a cominação da pena pelo legislador atenderá a tal princípio se cumprir três condições: a sanção precisa ser necessária para o atingimento do fim visado pela lei (ou seja, para garantir as finalidades retributivo-preventivas do tipo penal); além disso, as penas cominadas devem ser idôneas para alcançarem o escopo constitucional (proteção do bem jurídico penalmente tutelado); por fim, a reprimenda deve ser estipulada considerando a inexistência de um modo menos gravoso de atingir o objetivo da tipificação (o que torna vedada a estipulação de uma pena superior àquela que, menos gravosa, também atingiria igual finalidade). Vejamos:

> A importância do princípio da proporcionalidade encontra-se relacionada à verificação de que, num Estado Democrático de Direito, a liberdade constitui o bem primordialmente tutelado juridicamente, o que traz como conseqüência o fato de que qualquer limitação sua deve, necessariamente, ser balanceada, a fim de que ocorra apenas quando se apresentar claramente necessária, idônea e proporcional à proteção de determinado bem jurídico-constitucional. Essas três exigências constituem o conteúdo informador do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (princípios da necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito), a serem observadas no processo de elaboração legislativa (GOMES, 2003, p. 232).

Certamente não se trata de tarefa simples a conjugação dos comandos oriundos do princípio da proporcionalidade com a criação de um critério de limitação da elasticidade na cominação legal das penas. Contudo, em um esboço reflexivo, mostra-se possível alcançar uma solução razoável.

O primeiro ponto a ser observado é que o cerne do problema da elasticidade cominatória não se situa na pena mínima, mas na pena máxima prevista no preceito secundário do tipo penal. Isto porque, consoante já salientado, a sanção mínima é aquela vislumbrada pelo legislador – em sua decisão de índole político-criminal – como suficiente para atingir as finalidades da pena para aquela descrição típica do comportamento proibido, considerando as circunstâncias fáticas ordinárias e ínsitas ao crime tipificado.[8]

[8] Certo é que também a pena mínima não escapa a um juízo de proporcionalidade pelo legislador, mas não sob o enfoque debatido neste artigo; o legislador deve observar a proporcionalidade da pena mínima em cotejo com os demais tipos penais, eis que não poderia tratar bens jurídicos (penalmente tutelados) de diferentes grandezas de modo desarmônico. Por exemplo, não seria constitucional uma lei que impusesse a pena mínima do furto superior à do homicídio, pois isto implicaria um desarranjo da codificação penal como um sistema. Tal análise, contudo, escapa ao exame proposto nesse estudo.

Tal ponderação preliminar nos permite concluir que a redução da elasticidade de penas cominadas em limites distantes não se resolve com a elevação da pena mínima, de modo a aproximá-la da pena máxima, mas por meio da operação inversa, reduzindo a pena máxima de forma a aproximá-la da pena mínima. A pergunta objetiva, contudo, é a seguinte: quanto a sanção máxima pode ser maior do que a mínima, sem que haja ofensa aos princípios da legalidade e da individualização das penas, sob as luzes do princípio da proporcionalidade? Se o legislador estabelece, por exemplo, que uma reprimenda de cinco anos de reclusão seria suficiente para atingir as finalidades da pena diante daquela conduta tipificada, em condições ordinárias, até quanto poderia chegar a sanção máxima, caso esta mesma conduta seja praticada em condições extraordinárias desfavoráveis ao agente? Seis anos, sete anos, dez anos, quinze anos?

Nesse ínterim, pode-se ponderar que, se a "pena mínima" é aquela adequada e suficiente para a repreensão da conduta-padrão tipificada, afigura-se razoável raciocinar que um tipo penal não poderia ter uma pena máxima que representasse a perpetração de dois destes crimes em concurso material. Isso porque um delito perpetrado em circunstâncias desfavoráveis não poderia ser mais grave do que dois deste mesmo delito cometidos em circunstâncias a ele inerentes.

Logo, um possível parâmetro seria o critério de que o limite máximo da sanção cominada estabelecida pelo legislador, para efeito de observância estrita aos princípios da legalidade e da individualização da pena, seria o dobro da reprimenda mínima. Exemplificando: se Tício comete um crime X, por mais graves que sejam as circunstâncias do caso, não poderia receber uma pena maior do que Mévio, que perpetrou dois crimes X em concurso material.

Relembre-se que o princípio da proporcionalidade impõe que a resposta penal máxima não pode ultrapassar aquela que seria estritamente suficiente à repreensão do caso concreto (proibição de excesso). Nesse ínterim, uma reprimenda máxima superior ao dobro da pena vislumbrada pelo próprio legislador como suficiente à conduta típica ordinária mostrar-se-ia desproporcional, com lastro na teoria alemã do *übermassverbot*, segundo a qual se veda a atuação estatal (também do legislador) que extrapole o necessário e assim afete exageradamente os direitos fundamentais do indivíduo, como é a liberdade de locomoção (RUDOLFO, 2020).

A limitação da atividade do legislador penal, por força da proibição do excesso decorrente do princípio da proporcionalidade, restringindo até onde ele pode ir em termos de imposição da sanção penal, é defendida no magistério de Marcus Alan de Melo Gomes:

> O conceito de proporcionalidade em sentido estrito, ou proporcionalidade material, encontra-se, também, relacionado ao campo de verificação

> do significado dos valores objeto de tutela, sendo que uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da medida da resposta sancionatória; o que há de ser verificado, nesta etapa, é a influência que os limites derivados de princípios superiores geram na atividade legislativa consistente em eleger a medida da pena proporcional ao delito, ou seja, cabe analisar os parâmetros em relação aos quais a cominação legal da pena deve ser norteada. (GOMES, 2008, p. 155-156).

Portanto, tem-se que, como regra de parâmetro, a pena máxima poderia alcançar até o dobro da pena mínima.

Impõe-se antecipar uma ponderação crítica: há tipos penais abertos, cuja descrição da conduta abriga uma tamanha gama de comportamentos proscritos, de níveis bastante diferentes de censurabilidade, que seria aparentemente inexigível uma tal restrição aqui proposta da reprimenda máxima. Um exemplo seria o estupro, que reprime a prática forçada de ato libidinoso, o que pode abarcar desde um toque superficial em uma parte íntima até a penetração anal violenta.[9] De todo modo, para tais delitos, não se pode olvidar que o problema dogmático real não se situa em uma hipotética cominação de sanções em margens um pouco mais estreitas, mas na própria amplitude desmesurada da norma proibitiva, o que por si só já poderia atrair a análise de ofensa, pela tipificação assim positivada, ao princípio da legalidade estrita.

## 5 CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder de punir estatal, por restringir direitos fundamentais, deve apresentar limitações de índole constitucional desde a cominação das penas até a concretização e execução destas em cada caso concreto, observa-se que o legislador não pode possuir liberdade absoluta para definir os limites mínimos e máximos demasiadamente distantes para as penas previstas nos tipos penais.

Sem tal limitação, a estipulação de penas máximas múltiplas vezes superiores aos patamares legais mínimos acaba por implicar vulneração dos

[9] Curiosamente, justamente nos delitos de estupro (art. 213, Código Penal) e estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal), em que se mostraria aparentemente razoável um maior distanciamento das penas mínima e máxima, o legislador não fixou sanções máximas que superassem o dobro das penas mínimas (mesmo porque, em tais crimes, as penas mínimas já foram cominadas em patamar sensivelmente elevado). Tal fato demonstra claramente que, mesmo em tipos penais abertos, mostra-se viável a atenção ao parâmetro aqui proposto.

princípios constitucionais penais da legalidade estrita e da individualização das penas, pois reprimendas com enormes variações cominatórias levam à insegurança social acerca da compreensão adequada da resposta penal delimitada a uma dada conduta típica, além de incrementarem o risco de arbítrio judicial na concretização das sanções.

Ademais, considerando os vários critérios eminentemente pessoais de dosimetria adotados no art. 59 do Código Penal, observando ainda o parâmetro de elevação da sanção adotado em robusta corrente jurisprudencial, o fato de um delito possuir penas mínima e máxima extremamente elásticas redunda na aplicação concreta de uma reprimenda que penaliza o agente em grande medida por seu estado existencial, em consonância com um Direito Penal do Autor, maximizando o problema decorrente de tal elasticidade cominatória.

Portanto, a partir da diretriz da proporcionalidade, a qual veda a proibição do excesso, mostra-se viável estabelecer como critério limitador que a pena máxima não possa ultrapassar o dobro do *quantum* da pena mínima, na medida em que esta representa, por si só, a resposta penal entendida pelo legislador como suficiente ao atendimento das finalidades retributivo-preventivas para a conduta prevista naquele tipo penal, quando perpetrada em condições ordinárias previamente vislumbradas pelo próprio legislador.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil. Acesso em 04 ago 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. Salvador: JusPodimvm, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região – EMAGIS. Publicado na Edição 21 - 19.12.2007. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br. Acesso em 17 de junho de 2020.

CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; SIQUEIRA, Lídia. **A cominação das penas no novo código penal**. Revista de Direito Penal: Rio de Janeiro, 1975.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte Geral. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Pedro Fernandes Alonso Alves. **As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4144, 5 nov. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/33115. Acesso em: 4 ago. 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade**: do excesso de proibição e da proteção deficiente. Empório do direito. Disponível em http://emporiododireito.com.br. Acesso em 04 ago 2020.

STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida da pena**: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp 1476032 / PR, Relator: Ministra LAURITA VAZ, DJe: 23/06/2020, Sexta Turma. Disponível do sítio eletrônico www.stj.jus.br. Acesso em 04 ago 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no REsp 1743945 / PR, Relator: Ministra LAURITA VAZ, DJe 23/04/2019, Sexta Turma. Disponível do sítio eletrônico www.stj.jus.br. Acesso em 04 ago 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 144.487/DF, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe: 14/11/2011, Sexta Turma. Disponível do sítio eletrônico www.stj.jus.br. Acesso em 03 ago 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 409775 / RS, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 24/08/2018, Quinta Turma. Disponível do sítio eletrônico www.stj.jus.br. Acesso em 04 ago 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 61.007/PA, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe: 7/3/2014, Sexta Turma. Disponível do sítio eletrônico www.stj.jus.br. Acesso em 03 ago 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 104312, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento em 21/09/2010, Publicação: 01/08/2013. Disponível do sítio eletrônico www.stf.jus.br. Acesso em 19 out 2020.

TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo, 1992.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação criminal nº 1.0024.14.229264-8/001. Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel, DJe 04/03/2016, 3ª Câmara Criminal.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação criminal nº 1.0672.17.013039-3/001. Relator Des. Sálvio Chaves, DJe 26/07/2019, 7ª Câmara Criminal.

# COMO AS DEMOCRACIAS MORREM: uma Análise do Atual Contexto Brasileiro

# HOW DEMOCRACIES DIE: an Analysis of the Brazilian Context

Melody Araújo Pinto Furman[1]
Janaina Santos Curi[2]

**RESUMO:** O presente estudo relaciona o livro "Como as democracias morrem", de autoria dos cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, com o contexto político brasileiro atual. O mencionado livro analisa os padrões de colapso da democracia, com enfoque no sistema político estadunidense. Inicialmente, expõe-se o conceito de democracia, conforme as concepções de Norbeto Bobbio e Hans Kelsen. Em seguida, avaliam-se os padrões de colapso da democracia no atual cenário político presenciado no Brasil, o que é feito pela coleta de diversas notícias informativas publicadas em diferentes jornais e revistas. Deve-se destacar que não se busca, por meio deste estudo, debater sobre ideais de políticas de direita ou esquerda, e tampouco descrever detalhadamente todas as ações tomadas pelo atual governo. O objeto principal do estudo é avaliar, sob ótica da obra dos autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, se o atual cenário brasileiro pode ser tido como alarmante.

**Palavras-chave:** Brasil, democracia, governo atual.

**ABSTRACT:** This study relates the book "How democracies die", written by Steven Levitsky and Daniel Ziblatt, and the current political scenario in Brazil.

[1] Mestranda em Direito Público (bolsa CAPES Taxa) e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogada. Membro do conselho científico do Instituto de Estudos Fiscais- IEFi. Participante do grupo de estudos Direito e Política Financeira-Tributária e do grupo Finanças Públicas Igualdade e Democracia. E-mail: melodyfurman@hotmail.com

[2] Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), com bolsa CAPES Taxa. Advogada. Pós-Graduação em Direito dos Contratos pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Integrante do grupo de pesquisas Direito e Política Financeira-Tributária. E-mail: janainacuri@outlook.com

This book evaluates the patterns of democracy's collapsing, focusing on the political system of the United Estates. Initially, we expose the concept of democracy, given by Norbeto Bobbio and Hans Kelsen. Subsequently, we evaluate the pattens of a democractic collapse in the current political scenario witnessed in Brazil, based on several news published in different journals. It is not our goal to debate about left or right wings ideas, and we did not detail every action taken by the current government. Our main objective is to evaluate if the current scenario in Brazil is alarmin, by the standards proposed in Steven Levitsky and Daniel Ziblatt's book.

**Keywords:** Brazil, democracy, current government.

## 1 INTRODUÇÃO

O livro "Como as democracias morrem", de autoria dos cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, estuda padrões de colapso da democracia – com enfoque no sistema político norte americano – no intuito de se evitar que a ditadura se repita. Uma das premissas adotadas pelos autores é que a democracia não morre mais por forças armadas, mas por líderes eleitos, que usam das instituições democráticas para impor o autoritarismo.

O presente estudo tem por objeto principal investigar se o contexto atual do Brasil reflete os elementos alarmantes e os sinais de ameaça à ditadura apontados na obra Levitsky e Zibaltt.

O estudo se organiza metodologicamente da seguinte forma: faz-se, incialmente, uma análise resumida do conceito de "democracia" proposto por Bobbio e Kelsen, bem como uma breve exposição do histórico do Brasil com ditaduras; em seguida, expõe-se os sinais de ameaça à democracia apontados na obra de Levitsky e Ziblatt e avaliam-se os padrões de colapso da democracia no atual cenário político vivido no Brasil, pela coleta de diversas notícias informativas publicadas em diferentes jornais e revistas.

Insere-se, o presente estudo, dentro da área "Democracia, Liberdade e Cidadania", linha de pesquisa "Desenvolvimento e Políticas Públicas", tendo em vista que a forma de governar (democraticamente ou não) transforma os instrumentos utilizados para resolver políticas públicas (lei, programas, campanhas, obras, etc.) e nelas impacta diretamente (SECCHI, 2016, p. 5).

## 2 CONCEITO DE DEMOCRACIA

Segundo Bobbio (1987), o uso do termo democracia pode ser analisado dentro da teoria das formas de governo sob a perspectiva descritiva, histórica

e prescritiva. Em relação ao uso descritivo, a democracia é tida como uma das três formas de governo classificadas pelo número dos governantes – na autocracia o poder é exercido por poucos, na monarquia por apenas um indivíduo e na democracia o poder é exercido por todos, ou por muitos.[3]

A democracia pode então ser definida como a forma de governo em que o poder está nas mãos da maioria, que se distingue da monarquia e da aristocracia. Esse conceito é antigo e tem origem na política grega, mas seu significado descritivo permanece até hoje. O poder político na democracia moderna continua sendo exercido pela maioria dos cidadãos, mas o modo pelo qual se exerce o direito de participação alterou, passando-se da democracia direta (exercida na democracia grega) para a representativa (BOBBIO, 1995, p. 31).

Pelo uso histórico, pode-se conceituar a democracia traçando a linha de desenvolvimento dos governos adotados em diferentes momentos do tempo e do espaço. A evolução da civilização é percebida através da passagem de uma forma de governo a outra e, para autores como Hegel, a democracia é uma forma de governo do passado – superada pela monarquia (BOBBIO, 1987, p. 146-149).

Por sua vez, o significado prescritivo consiste em definir a democracia como uma forma boa ou má de governo. Bobbio, fazendo referência a uma discussão referida por Heródoto, mencionou os traços pelos quais a democracia pode ser considerada como uma forma boa de governo, entre eles: o governo não é a favor de poucos, mas de muitos; a lei é igual para todos (ricos e pobres), sendo um governo de "leis, escritas ou não escritas", e não de homens; a liberdade é respeitada na vida privada e na vida pública (HERÓDOTO *apud* BOBBIO, 1987, p. 141).

Aristóteles e Platão, que se opunham à democracia, viam esse regime não como o governo do povo, mas dos pobres contra os ricos. Diversos clássicos do pensamento político moderno, como Hobbes, Locke, Vico, Montesquieu, Kant, Kegel e Bodin eram contrários à democracia e favoráveis à autocracia. Hobbes, por exemplo, criticava a democracia partindo do pressuposto de que as assembleias populares são incompetentes e os partidos são um obstáculo a formação de uma vontade coletiva, favorecendo a rápida modificação de leis. Além disso, sustentava que não há segredo, mas há corrupção e menos segurança (HOBBES *apud* BOBBIO, 1987, p. 144).

Percebe-se, assim, que a democracia nem sempre foi vista como um governo ideal. Essa forma de governo avançou na medida em que um número

[3] Essa distinção tripartite entre as formas de governo já foi também reduzida por uma bipartição, com agrupamento da democracia e aristocracia em uma espécie oposto à monarquia (o que foi feito por Maquiavel, no livro Príncipe), ou da monarquia e aristocracia como uma espécie única oposta à democracia (feito por Kelsen no livro Teoria Geral do Direito e do Estado) (BOBBIO, 1987).

maior de indivíduos conquistou o direito de participar na vida política e, atualmente, a democracia é vista como uma dicotomia em relação à ditadura.

Chama-se de "ditadura" todos os governos que não são democracias e, atualmente, o termo é usado para designar qualquer governo que não seja a democracia e que se imponha mediante a derrubada a democracia precedente (BOBBIO, 1987, p. 145, 161).

A democracia pode também ser analisada pelo seu significado formal e substancial. A democracia formal diz respeito a quem governa, como governa, a forma de eleição e de respeito às leis, tratando da liberdade negativa do indivíduo (de não ser constrangido a fazer o que não deseja ou impedido de fazer o que deseja). Já a democracia substancial está relacionada ao valor de igualdade, não apenas perante a lei, mas a social e econômica, e com a ideia de liberdade positiva do indivíduo – que exige a concretização de direitos sociais e econômicos. (BOBBIO, 1987, p. 158).

A democracia formal não tem coexistido com a substancial. Um Estado liberal, por exemplo, garante a democracia formal, com eleições livres e participação política de todos, as chamadas "regras do jogo", mas não garante medidas de igualdade social e econômica. Apesar disso, conta com mecanismos constitucionais de controle, característicos de uma democracia formal: (i) o controle do Poder Executivo por parte do Legislativo; (ii) o controle do Poder Legislativo por uma corte jurisdicional que averigue a constitucionalidade das leis; (iii) uma relativa autonomia do governo local em relação ao governo central; (iv) uma magistratura independente do poder político (BOBBIO, 1987, p. 19, 158).

Para uma definição mínima de democracia, Bobbio (2009) afirma ser necessário um elevado número de cidadãos no direito de participar direta ou indiretamente das tomadas de decisões coletivas, a existência de regras de procedimento (eleições, por exemplo) e que os cidadãos sejam postos em condições de poder escolher entre uma ou outra alternativa – o que exige efetiva implementação dos direitos de liberdade negativa (expressão, opinião, reunião, etc).

Assim como Bobbio, Kelsen define a democracia como um processo de participação dos cidadãos nas decisões coletivas, abrangendo a criação e a aplicação de normas e tendo como preceitos fundamentais a liberdade e a igualdade. Além disso, identifica a existência das perspectivas formal e substancial, vinculando aquela ao capitalismo e esta ao socialismo sem, contudo, estabelecer uma relação de essencialidade ou obrigatoriedade da democracia com qualquer tipo de ordem ou regime econômico (KELSEN, 1993).

A ideia da democracia ganhou força no século XIX, após as revoluções francesas e inglesas. No século XX, após a Primeira Guerra Mundial, a democracia parecia ter tido uma vitória ao ser implementada por diversos Estados recém-democráticos. Contudo, com a ascensão dos governos fascistas e nazistas, a ditadura passou a ser uma forte opositora da democracia e, ainda

que esses governos tenham sido destituídos, suas ideologias não desapareceram. (KELSEN, 1993, p. 140)

Tendo em vista que a valoração da democracia como melhor forma de governo não é uma constante na história recente da civilização – e, mesmo quando parecia ser, foi substituída por governos autoritários –, revela-se importante identificar os padrões de colapso da democracia que culminam na implementação de governos ditatoriais para evitar que essas ideologias ressurjam, levando em consideração as peculiaridades do contexto político atual, extremamente polarizado e virtual.

## 3 HISTÓRICO DE DITADURAS NO BRASIL

No Brasil, desde a independência de Portugal, passaram-se dois períodos de ditadura, em que o poder foi concentrado nas mãos de poucos líderes. Após o período colonial (1500-1815), iniciou-se o período imperial (1822-1889).

A primeira Constituição, de 1824, previa a eleição de deputados, senadores e membros dos conselhos gerais das províncias por meio de eleições indiretas, permitindo que todos os homens votassem, desde que tivessem mais de 25 anos, 100 mil réis e que não fossem escravos ou religiosos (BRASIL, 1824).[4] Apesar do grande número de pessoas que participavam das eleições, na prática, os votos eram dados por expressão de obediência,

[4] Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias

I. Os Cidadãos Brazileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.

II. Os Estrangeiros naturalisados.

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos."

lealdade ou venda, não existindo uma grande participação da população na vida política (CARVALHO, 2005, p. 33).

Em 1881, foi introduzido o voto direto, e a renda mínima para votar passou para 200 mil réis. Os analfabetos foram excluídos das eleições e o voto foi tornado facultativo (BRASIL, 1881), cenário mantido com o fim do Império e início da Primeira República (1889). A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, eliminou apenas a exigência de 200 mil réis.

Esse período ficou conhecido como "república dos coronéis" – que controlavam as eleições – e foi apenas em 1930 que se iniciou o primeiro momento de participação popular na política nacional. Essa participação não tardou a cair, pois em 1937 vivenciou-se a primeira ditadura, com a instituição do Estado Novo, que teve apoio dos militares (CARVALHO, 2005, p. 41, 144).

Em 1945, com o término dos 8 anos de ditadura, o ambiente tornou-se favorável à democracia representativa, e a Constituição de 1946 expandiu os direitos políticos, permitindo o voto de mulheres e reduzindo a idade eleitoral para 18 anos (mantendo, contudo, a restrição aos analfabetos).

Em 1964, houve novamente a implementação de um novo regime ditatorial, dessa vez por um golpe liderado pelos militares, que durou até 1985. Essa ditadura foi marcada pela repressão de direitos políticos por atos institucionais,[5] pela censura à imprensa, livros, jornais e meios de comunicação. Foi também um período de extrema violência, tortura e perseguição de pessoas vistas como oposição. (CARVALHO, 2005, fls. 93) É interessante ressaltar que o Congresso permaneceu aberto pela maior parte do regime ditatorial, mas na prática tratava-se apenas de uma "fachada" para aprovar as medidas impostas pelos militares. Durante esse período, foi publicada a Constituição da República Federativa de 1967.

Pouco após o fim dos 21 anos de Ditadura Militar, foi promulgada a Constituição de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito e estabelece o contexto atual no Brasil. O texto constitucional assegura a democracia formal, garantindo eleições livres e liberdades negativas, como a de expressão (art. 5, inciso IV), de religião (art. 5, inciso VI), de locomoção (art. 5, inciso LXVIII), de imprensa (art. 139, inciso III), de aprender e ensinar (art. 206, inciso II). A atual CF/88 também prevê garantias de uma democracia substancial, como o direto à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6º), dentre

[5] O Ato Institucional nº 5 foi considerado pelo autor como o mais radical, suspendeu habeas corpus para crimes contra a segurança nacional e retirou da apreciação judicial os atos dos militares.

outros. Consequentemente, espera-se que as políticas públicas tenham como objetivo a proteção e concretização desses direitos.

## 4 BREVE SÍNTESE DO LIVRO "COMO AS DEMOCRACIAS MORREM"

Apesar de o livro "Como as democracias morrem" (LEVITSKY; ZIBLAT, 2018) não explicitar o conceito de democracia adotado pelos autores, é possível notar – conforme análises e críticas brevemente expostas a seguir – que a democracia é analisada sob uma perspectiva formal, no sentido de se garantir as eleições livres, manutenção de assembleias e instituições democráticas, a liberdade de imprensa, entre outros.

A obra procura identificar sinais de colapso da democracia para evitar que a ditadura se repita. Uma das premissas adotadas pelos autores é que a democracia não morre mais por forças armadas, mas por líderes eleitos, que usam das instituições democráticas para impor o autoritarismo.[6]

Tomando Chávez e Hitler como exemplos, mostra-se que ambos foram *outsiders* políticos, com talento de captar a atenção pública. Hitler foi chamado para chefia por alguns opositores do governo que acreditavam que conseguiriam controlá-lo e Chávez recebeu o apoio do então presidente, que o usou para se promover – ambos casos em que líderes democraticamente eleitos endossaram extremistas, abdicando de suas responsabilidades políticas em busca de apoio popular. Assim, a eleição de figuras autoritárias pode ocorrer, entre outros motivos, pela crença de que ele pode ser controlado ou por ser preferível às alternativas políticas predominantes.

É comum que os demagogos prometam acabar com a corrupção e melhorar as crises vividas para se promover. Usa-se da democracia como pretexto para sua subversão, por discursos de melhoria nas crises econômicas, desastres naturais e ameaças à segurança pública. Mas a democracia exige negociações, compromissos e concessões – várias iniciativas presidenciais podem não ser aprovadas pelo Congresso ou podem ser revertidas pelos tribunais. Os *outsiders* políticos, com inclinações ao autoritarismo, muitas vezes não conseguem tolerar burocracia e os procedimentos institucionais, tendo "pouca paciência com o dia a dia da política da democracia" (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 91).

[6] Boaventura de Sousa Santos também entende que a violência e apropriação ocorrem no mundo atual sem a suspensão formal de direitos e garantias, sem a declaração de um Estado de sítio, sob o pretexto de salvaguarda dos direitos democráticos. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, In: SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**, São Paulo: Cortez, 2013).

Os partidos políticos, na visão dos autores, têm a responsabilidade de isolar figuras extremistas e isso pode ser feito mantendo essas figuras fora das chapas eleitorais, erradicando-os, evitando aliança com esses candidatos e juntando-se à oposição em busca da manutenção da ordem democrática. E não se pode deixar a eleição de um governo apenas a cargo do público, porque as pessoas elegem extremistas mesmo sem apoiar governos autoritários. Os *insiders* políticos têm a responsabilidade de não apoiar extremistas, de não se deixarem cegar pelas próprias ambições.

As doações apartidárias e as mídias alternativas são apontadas como entraves ao controle dos guardiões da democracia. Trump, por exemplo, ganhou as eleições primárias no EUA sem endosso de políticos estabelecidos, apenas com apoio da mídia alternativa.

Os quatro sinais de autoritaristas seriam: (i) rejeitar as regras democráticas, (ii) negar a legitimidade de oponentes, (iii) tolerar a violência e (iv) mostrar disposição para restringir liberdades. Trump, por exemplo, mostrou todos os sinais, pois questionou a legitimidade do processo eleitoral (afirmando que a Hilary iria fraudar as eleições), negou a legitimidade do oponente (afirmando que a Hilary é uma criminosa), tolerou e incentivou a violência (oferecendo pagar a defesa de um eleitor que agrediu um manifestante da oposição) e demonstrou disposição para restringir liberdades (atacando jornais renomados e se opondo à manifestações) (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 76).

Foram também identificadas estratégias utilizadas para subverter a democracia, sendo elas a captura de instituições arbitrárias, a retirada de importantes "jogadores" adversários, e reescritura das regras do jogo. As instituições arbitrárias, se não forem controladas, podem servir aos objetivos do ditador – atacando políticos, reprimindo manifestações ou espionando críticos. O afastamento de figuras importantes da oposição pode ocorrer por uma discreta demissão de servidores, nomeação de membros da Suprema Corte e ataques a pessoas da mídia. A mudança das regras do jogo pode ocorrer por reformas que aparentam ser neutras, como mudança na apuração de votos, mas que beneficiam os extremistas.

Trump tentou consolidar todas essas estratégias. Buscou capturar as instituições arbitrárias pela demissão do diretor do FBI (que estava investigando sua relação com a Rússia), afastou um procurador federal, atacou magistrados e perdoou um condenado por crime de racismo sem consultar o Departamento de Justiça. Também tentou afastar opositores, acusando jornais como New York Times de difamá-lo e ameaçando usar agências reguladoras contra a imprensa, e assinou uma ordem para que as agências federais retivessem fundos de cidades que não cooperassem com sanções contra imigrantes sem documentação (o que foi revertido pelos tribunais). Ainda criou uma comissão de aconselhamento sobre a integridade eleitoral, que dificulta

o voto para a minoria de baixa renda e defende a supressão do voto universal, na tentativa de mudar as regras do jogo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 197). Apesar disso, Levitsky e Ziblatt concluíram que Trump ainda não ultrapassou o limite para o autoritarismo.

Muitos acreditam que a Constituição é a grande salvaguarda da democracia, mas os autores discordam dessa visão. Para eles, as normas sempre possuem lacunas e ambiguidades, não sendo possível antecipar todas as eventuais contingências e circunstâncias. O que sustenta a democracia, entre outros fatores, são as regras informais de tolerância mútua e reserva institucional.

A tolerância mútua consiste em aceitar os rivais pelo direito igual de existir e competir, não tratando a oposição como ameaça ou como traidores. A reserva institucional consiste em evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violem seu espírito (chamado de "jogo duro constitucional"). Existe uma relação estreita entre essas duas regras – viola-se menos o espírito da norma quando se aceitam os rivais como legítimos. A polarização, quando enseja em um sectarismo extremo, pode destruir essas regras e a democracia.

No EUA, o diagnóstico dos autores é que as regras informais, que sustentavam a democracia, estão sendo corroídas, levando a um cenário de preocupação com a democracia. A polarização entre democratas e republicanos é extrema, e não decorre apenas de divergências políticas de governos de direita ou esquerda, mas do sectarismo e intolerâncias sobre raça, religião e cultura.

## 5 ANÁLISE DO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO

Pela simples leitura do resumo comentado do livro, já se podem vislumbrar inúmeras semelhanças com o atual cenário brasileiro. De início, nota-se que o contexto em que o atual governo e o presidente Jair Bolsonaro foram eleitos foi de extrema polarização, após diversos escândalos do mensalão envolvendo o Partido Trabalhista ("PT"). Um dos principais discursos usados para eleição do presidente foi contra a corrupção, contra a burocracia e com a promessa de "limpar" o sistema político (PONTES, 2020; MAUZI; CALGARO, 2018). Estima-se que cerca de 30% dos eleitores votaram em branco, nulo ou se abstiveram no segundo turno, em que concorriam o Jair Bolsonaro (na época, PSL) e o Fernando Haddad (PT) (COELHO, 2018).

Apesar de ter um histórico em carreira política, tendo sido deputado por muitos anos, o que marca a trajetória e discursos do atual presidente é sua carreira militar, já que atuou nessa área entre os anos de 1977 e 1988 (coincidindo parcialmente com o período da ditadura militar). (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2009).

Sem conseguir apoio do próprio partido e frustrado com conflitos e divergências internas, o presidente abandonou o PSL e atualmente tenta fundar seu próprio partido, chamado de Aliança pelo Brasil (PSL..., 2019). Pode-se dizer, nesse contexto, que ele seria tido como um *outsider* político na visão de Levitsky e Ziblatt (2018) e, de fato, numa palestra no Brasil em 2018, Levistky (2018) comentou que o atual presidente já havia demonstrado todos os sinais de autoritarismo à época, além de apoiar de forma aberta e declarada a ditadura – o que o diferencia de outras figuras extremistas e autoritárias.

Bolsonaro rejeitou as regras do jogo desde o início da sua carreira, nos anos 80, se opondo a democracia. Em 1993, declarou ser a favor da ditadura e pediu o fechamento do Congresso Nacional (BROOKE, 1993). Tolerou a violência, em 1998, ao que a ditadura deveria ter matado 30 mil pessoas, além de ter acolhido esquadrões de morte (BRAGON, 2018a, 2018b). Negou a legitimidade abertamente dos seus oponentes, referindo-se ao ex-presidente Lula como criminoso (BOLSONARO..., 2019a). E demonstrou tendência a restringir liberdades em pronunciamentos homofóbicos em "defesa da família" (BRASIL..., 2019; BOLSONARO..., 2019b).

O presidente continua apoiando e incentivando a volta da ditadura, tendo se referido ao dia 31 de março de 1964 como o "dia da liberdade" (COLETA, 2020). Ademais, fez discursos recentes questionando o sistema eleitoral em razão de fraude nas eleições (SANCHES 2020) e participou em movimentos contra o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional – apesar de não ter apoiado expressamente, em seus discursos nesses eventos, o fechamento dessas instituições (BOLSONARO..., 2020d).

Essa postura autoritária surte efeitos na definição de políticas públicas a nível nacional, em diversos setores. Na educação, Bolsonaro apoia o movimento conhecido como "Escola sem partido", que busca restringir o que pode ser ensinado e comentado nas salas de aula (LABOISSIÉRE, 2019) e evidencia que a polarização no Brasil decorre também de diferentes ideologias sobre raça e cultura. No mesmo sentido é a defesa da cloroquina para o tratamento do coronavírus, mesmo sem qualquer comprovação científica (WETERMAN, 2020).

Também é possível identificar o uso de estratégias para subverter a democracia na investigação sobre ação sigilosa do Ministério da Justiça contra servidores públicos antifascistas (REDE..., 2020) e existem registros de ataques à imprensa da oposição, ao Supremo Tribunal Federal e à Polícia Federal (BOLSONARO..., 2020b) – situações que caracterizam captura de árbitros e retirada de importantes jogadores do jogo democrático.

A divulgação da gravação da reunião ministerial ocorrida em 22 de abril de 2020 confirma o diagnóstico. Bolsonaro manifesta não conseguir obter informações sobre investigações da Polícia Federal e ofende os governados de São Paulo, Rio de Janeiro e Amazonas – com os quais teve várias divergências

durante a pandemia. Na mesma ocasião, a Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos afirma que vai pedir a prisão de governadores após a pandemia e o Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, sugere que a pandemia seja aproveitada para "passar a boiada" (CAMPOS, 2020).

O presidente também declarou ser contrário à lei de *fake news*, cujo objetivo é impedir a propagação de informações falsas (BOLSONARO..., 2020c). E se Bobbio (2009) dizia que um governo democrático necessita de transparência, porque é por meio da publicidade que se controla os atos de quem governa, a propagação de *fake news* pode ser vista como obstáculo à democracia – além de poder ser usada como uma ferramenta para enfraquecer veículos de imprensa que fazem checagem de fatos e publicam informações legítimas e reais.

Uma análise detalhada de todas as medidas adotadas pelo governo e declarações do presidente não seria possível. Todavia, a análise do levantamento realizado sobre o contexto atual do Brasil através de elementos da teoria de Bobbio e Kelsen e do livro "Como as democracias morrem", de Levitsky e Zibaltt, permitem concluir que requisitos essenciais para uma democracia formal – em especial o procedimento formal das eleições, a liberdade de imprensa e a tolerância – são frequentemente postos em dúvida.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia pode ser definida como a forma de governo em que o poder está nas mãos da maioria e que os cidadãos participam das decisões coletivas. Apesar de nem sempre ser visto como o modelo de governo ideal, essa forma de governar avançou na medida em que um número maior de indivíduos conquistou o direito de participar na vida política e, atualmente, a democracia é vista em dicotomia em relação à ditadura.

O Brasil vivenciou dois períodos de ditadura: a Era Vargas e, posteriormente, a Ditadura Militar. O último período ditatorial foi marcado pela repressão de direitos políticos por atos institucionais – em especial o AI-5 –, pela censura à imprensa, livros, jornais e meios de comunicação. Foi também um período de extrema violência, tortura e perseguição política.

Em "Como as democracias morrem", cientistas políticos norte-americanos buscam identificar os sinais de colapso da democracia para evitar a ascensão de governos autoritários. Assim, é partir dessa obra que o estudo se propôs a analisar o contexto atual da democracia brasileira, utilizando notícias recentes sobre o presidente Jair Bolsonaro.

Além do atual presidente ter demonstrado, reiteradamente, todos os sinais de autoritarismo elencados por Levitsky e Ziblatt – rejeitar as regras

democráticas, negar a legitimidade de oponentes, tolerar a violência e mostrar disposição para restringir liberdades – também se verificam tentativas de implementar estratégias utilizadas para subverter a democracia – ou seja, captura de instituições arbitrárias, a tirada de importantes "jogadores" adversários, e reescritura das regras do jogo.

Hans Kelsen, há mais de 50 anos, já alertava que o fim do nazismo e do fascismo não foi capaz de impedir a disseminação de suas ideologias e que a ditadura continuava a ser uma ameaça à democracia. As publicações de Bobbio, no fim do século XX, refletem a mesma preocupação e procuram apresentar conceitos chave para a preservação da democracia – como também fizeram Levitsky e Ziblatt. O contexto brasileiro é delicado, mas espera-se que as instituições democráticas do Brasil possam oferecer resistência suficiente às pretensões autoritárias do presidente Jair Bolsonaro, evitando que a história da ditadura militar se repita no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política**, 4.ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**, 6.ª edição, São Paulo: Brasiliense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOLSONARO ataca ação da PF e faz críticas ao STF: 'Chegamos no limite'. **R7**, [*S.l.*], 28 mai. 2020a. Disponível em: https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-ataca-acao-da-pf-e-faz-criticas-ao-stf-chegamos-no-limite-28052020. Acesso em: 29 jul. 2020.

BOLSONARO ataca a Globo e fala em "convidar" Roberto Marinho para o STF. **Isto É**, [*S.l.*], 6 mai. 2020b. Disponível em: https://istoe.com.br/video-bolsonaro-ataca-a-globo-e-fala-em-convidar-roberto-marinho-para-o-stf/. Acesso em: 29 jul. 2020.

BOLSONARO e Moro reagem a Lula: 'Não respondo a criminosos'. **Veja**, [*S.l.*], 9 nov. 2019a. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-e-moro-reagem-a-lula-nao-respondo-a-criminosos/. Acesso em: 29 jul. 2019.

BOLSONARO diz que repórter tem 'cara de homossexual terrível'; entidades de jornalistas reagem. **G1**, [S.l.], 20 dez. 2019b. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/20/entidades-de-jornalistas-protestam-contra-ataque-de-bolsonaro-a-reporteres.ghtml. Acesso em: 29 jul. 2020.

BOLSONARO: Lei das fake news é tentativa de limitar liberdade de expressão. **UOL**, [*S.l.*], 18 jul. 2020c. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/07/18/bolsonaro-lei-das-fake-news-e-tentativa-de-limitar-liberdade-de-expressao.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BOLSONARO volta a apoiar ato antidemocrático contra o STF e o Congresso, em Brasília. **G1**, [S.l.], 3 mai. 2020d. Disponível em: https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/03/bolsonaro-volta-a-apoiar-ato-antidemocratico-contra-o-stf-e-o-congresso-em-brasilia.ghtml. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRAGON, Ranier. Nos anos 90, Bolsonaro defendeu novo golpe militar e guerra. **Folha de São Paulo**, Brasília, 10 out. 2018a. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/nos-anos-90-bolsonaro-defendeu-novo-golpe-militar-e-guerra.shtml. Acesso em 29 jul.2020.

BRAGON, Ranier. Em 2003, Bolsonaro parabenizou grupos de extermínio por substituir pena de morte no país. **Folha de São Paulo**, Brasília, 24 jun. 2018b. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/em-2003-bolsonaro-parabenizou-grupos-de-exterminio-por-substituir-pena-de-morte-no-pais.shtml. Acesso em 29 jul.2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 12 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial, Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1891.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial, Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial, Rio de Janeiro,1937.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial, Congresso Nacional, 1946.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial, Congresso Nacional, 1967.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial. Brasília, 20 out.1969.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 3.029, de 9 de Janeiro de 1881**. Reforma a legislação eleitoral. Rio de Janeiro, RJ: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1881. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html. Acesso em 29 jul. 2020

"BRASIL não pode ser país do mundo gay; temos famílias", diz Bolsonaro. **Exame**, [S.l.], 25 abr. 2019. Disponível em: https://exame.com/brasil/brasil-nao-pode-ser-pais-do-mundo-gay-temos-familias-diz-bolsonaro/. Acesso em: 29 jul. 2020.

BROOKE, James. Conversations/Jair Bolsonaro; A Soldier Turned Politician Wants To Give Brazil Back to Army Rule. **New York Times**, New York, 25 jul. 1993. Disponível em: https://www.nytimes.com/1993/07/25/weekinreview/conversations-jair-bolsonaro-soldier-turned-politician-wants-give-brazil-back.html. Acesso em 29 jul. 2020.

CAMPOS, João Pedroso de. Veja na íntegra os vídeos da reunião de Bolsonaro com ministros. **Veja**, [S.l.], 22 mai. 2020. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/veja-os-videos-da-reuniao-de-bolsonaro-com-os-ministros/. Acesso em 12 out. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 7.ed.

COELHO, Gabriela. 3**0% dos eleitores votaram em branco ou nulo ou se abstiveram no segundo turno.** Revista Consultor Jurídico, [*S.l.*], 29 out. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-29/31-milhoes-eleitores-nao-votaram-segundo-turno. Acesso em: 29 jul. 2020.

COLLETA, Ricardo Della. Bolsonaro se refere a aniversário do golpe de 64 como 'dia da liberdade'. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 mar. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/bolsonaro-se-refere-a-aniversario-do-golpe-de-64-como-dia-da-liberdade.shtml. Acesso em 01 ago. 2020.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Jair Messias Bolsonaro:** Verbete. Rio de Janeiro, RJ: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, 2009. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jair-messias-bolsonaro. Acesso em: 29 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LABOISSIÉRE, Paula. Bolsonaro volta a defender Escola sem Partido. **Agência Brasil**, Brasília, 28 abr. 2019. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-04/bolsonaro-volta-defender-escola-sem-partido. Acesso em 29 jul. 2020

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morem**. Traduzido por Renato Aguiar. Estados Unidos: Zahar, 2018.

LEVITSKY, Steven. **Palestra "Como morrem as democracias?"**, promovida pela Fundação FHC, 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8bX7EdK0-1M. Acesso em: 29 jun. 2020.

MAUZI, Guilherme; CALGARO, Fernanda. De capitão a presidente: conheça a trajetória de Jair Bolsonaro. **G1**, Brasília, 28 out. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/28/de-capitao-a-presidente-conheca-a-trajetoria-de-jair-bolsonaro.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

PONTES, Jorge. Bolsonaro, o cavalo de Troia da Operação Lava Jato. **Veja**, [*S.l.*], 30 jun. 2020. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/jorge-pontes/bolsonaro-o-cavalo-de-troia-da-operacao-lava-jato/. Acesso em: 29 jul. 2020.

PSL x Bolsonaro: entenda a origem da crise que virou guerra. **Terra**, [*S.l.*], 18 out. 2019. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/psl-x-bolsonaro-entenda-a-origem-da-crise-que-virou-guerra,962a2b3f7268a0618a2d5ad415fcb7f9k5458ac1.html. Acesso em: 29 jul. 2020

REDE contesta investigação sigilosa do Ministério da Justiça contra servidores antifascistas. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 jul. 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448302&ori=1. Acesso em: 29 jul. 2020.

SANCHES, Mariana. Questionado sobre provas, Bolsonaro diz que brasileiros não confiam no sistema eleitoral. **BBC News**, Miami, 10 mar. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51822918. Acesso em: 29 jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, In: SANTOS, Boaventura de Sousa & MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**, São Paulo: Cortez, 2013.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

WETERMAN, Daniel. Bolsonaro: 30% das mortes seriam evitadas com cloroquina. **Terra**, [*S.l.*], 10 out. 2020. Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/bolsonaro-30-das-mortes-seriam-evitadas-com-cloroquina,b4d6c70ee9f1e906acf267e3e1b8b780b6pc47y2.html. Acesso em: 12 out. 2020.

# DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE SALÁRIOS POR ACORDO INDIVIDUAL DURANTE A PANDEMIA E O PROTAGONISMO DO PRECARIADO NA LUTA CONTRA O DESMANTELAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

# THE UNCONSTITUTIONALITY OF SALARY REDUCTION BY INDIVIDUAL AGREEMENT DURING THE PANDEMIC AND THE PROTAGONISM OF THE PRECARIAT IN THE FIGHT AGAINST THE DISMANTLING OF LABOR LAW

Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira[1]
Débora de Jesus Rezende Barcelos[2]

**RESUMO:** A Medida Provisória nº 936 de 2020, convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020 estabeleceu, entre outras possibilidades, a faculdade de se reduzir salários mediante acordo individual entre empregado e empregador sob o

[1] Doutora e Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUC - Minas. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2011). Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes - RJ e em Direito da Propriedade Intelectual pela Justus Liebig Universitat - Giessen, Alemanha. Atualmente é professora Adjunto I da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora convidada de cursos preparatórios para concursos e pós-graduações. E-mail: carolinasnovaes@gmail.com. http://lattes.cnpq.br/2084982453540295

[2] Mestranda em Trabalho, Democracia e Efetividade no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com bolsa de pesquisa do CNPq. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela mesma instituição. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: deboradejesus.barcelos@gmail.com. http://lattes.cnpq.br/4533856264834711

argumento de preservar empregos durante a pandemia. Porém, a Constituição Federal, em seu art. 7º, VI estabelece, a irredutibilidade de salários, salvo negociação coletiva. O presente ensaio objetiva perfazer uma análise acerca da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 14.020 de 2020 que permitem a aludida redução salarial em sede de acordo individual. Busca ainda, averiguar possíveis saídas contra o desmantelamento do Direito do Trabalho, que perpassam pelo poder de luta da classe trabalhadora. A relevância jurídica e social do trabalho, reside, na sua tentativa de verificar eventuais irregularidades e retrocessos empreendidos contra os direitos dos trabalhadores, para coibi-los. A metodologia a ser utilizada passará pelo método monográfico analítico, fazendo uso do levantamento bibliográfico, da análise da legislação e do estudo do material doutrinário enquanto técnica de investigação.

**Palavras-chave:** Democracia. Inconstitucionalidade. Irredutibilidade salarial.

**ABSTRACT:** Provisional Measure No. 936 of 2020, converted into Law 14,020, of July 6, 2020, established, among other possibilities, the ability to reduce wages through an individual agreement between employee and employer under the argument of preserving jobs during the pandemic. However, the Federal Constitution, in its art. 7, VI establishes, the irreducibility of wages, except collective bargaining. This essay aims to carry out an analysis on the constitutionality of the provisions of Law 14,020 of 2020 that allow the mentioned salary reduction in accordance with an individual agreement. It also seeks to investigate possible ways out against the dismantling of Labor Law, which pervade the working class's fighting power. The legal and social relevance of work lies in its attempt to verify any irregularities and setbacks undertaken against workers' rights, in order to curb them. The methodology to be used will go through the analytical monographic method, making use of the bibliographic survey, the analysis of the legislation and the study of the doctrinal material as an investigation technique.

**Keywords:** Democracy. Salary irreducibility. Unconstitutionality.

## I INTRODUÇÃO

Em tempos de pandemia tudo fica mais sombrio, nebuloso e o medo ecoa ao redor do planeta. Atualmente, mais de um milhão de vidas já foram ceifadas em todo o mundo pelo novo Coranavírus, cerca de cento e cinquenta e duas mil, apenas no Brasil.

Em momentos de incerteza, ante a ausência de tratamento e recursos para o combate à doença, completamente nova para a medicina, a melhor

estratégia a ser tomada é o isolamento social, que evita a sua propagação. Porém, essas medidas de isolamento trazem uma série de consequências, sobretudo econômicas, que vêm sendo arcadas principalmente pela classe trabalhadora.

No Brasil, sob o argumento de preservar empregos durante a pandemia, diversas medidas legislativas foram editadas, dentre elas, a Medida Provisória de nº 936 de 2020, já transformada na Lei nº 14.020 de 2020, que prevê, dentre outras questões, a possibilidade de redução de salários em sede de acordo individual entre empregado e empregador. Ocorre, que a Egrégia Constituição Federal é muito clara quando estabelece, em seu art. 7º, VI, a irredutibilidade de salários, salvo negociação coletiva.

Diante disso, o presente ensaio tem enquanto objetivo averiguar a constitucionalidade dos dispositivos da nova lei que permitem a redução salarial mediante acordo individual, além de verificar se tais medidas não seriam, na verdade, uma estratégia mascarada do capital para enfraquecer negociações verdadeiramente democráticas, isto é, que contem com a presença da classe trabalhadora unida através de sindicatos. Por fim, objetiva ainda demonstrar o poder de luta dessa classe e o protagonismo do precariado contra o desmantelamento do Direito do Trabalho.

Parte da hipótese da inconstitucionalidade da redução salarial em sede de acordo individual, bem como, do intento traiçoeiro do capital em desmantelar a democracia partindo de acordos individuais. Ora, a história é clara quando mostra que as elites costumam se aproveitar de catástrofes e calamidades para justificar retrocessos.

Para satisfazer os objetivos supracitados, o trabalho em epígrafe se utilizará do método monográfico analítico, levantando bibliografias, doutrinas e a própria legislação nacional no processo de confirmação/falseamento da hipótese. Ressalta-se, que o presente ensaio partirá de uma análise das sequelas socioeconômicas da pandemia, passando por uma breve diferenciação entre lei e direito. Posteriormente, procurar-se-á expor a essencialidade do salário como mecanismo de subsistência, razão pela qual a sua redução não se justifica. Por fim, sem pretensão exaustiva, abordar-se-á a incongruência da redução salarial em sede de acordo individual à luz da Constituição como um possível atentado à democracia, para, por último, analisar o poder de luta dos trabalhadores contra a desconstrução do Direito do Trabalho.

## 2 PANDEMIA DO COVID-19: SEQUELAS SOCIOECONÔMICAS

O Novo Coronavírus, chamado de Covid-19 é uma espécie de vírus responsável por infecções respiratórias graves, que podem inclusive, levar à morte

em caso de complicações. Foi descoberto no fim de dezembro de 2019 com os primeiros casos registrados na China. Desde então, tem se disseminado rapidamente entre as pessoas, alcançando todos os continentes e causando milhares de óbitos, razão pela qual, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decidiu, em 11 de março de 2020, declarar uma situação de pandemia.[3] (CORONAVÍRUS..., 2020).

De imediato, considerando que uma das principais medidas destinadas a contenção da disseminação do vírus reside no isolamento social, a crise do Coronavírus impactou profundamente a classe trabalhadora. Ora, o choque causado pela ampla propagação da pandemia direcionou a uma grande e quase imediata parada das atividades econômicas, cujos efeitos têm sido desastrosos.

Segundo Márcio Pochmann (2020), a queda na movimentação dos negócios ocasionada pela pandemia do Covid-19 tem gerado sequelas sem precedentes na história, inclusive, se comparado ao que ocorreu na crise global de 2008 e na distante depressão de 1929.

Na opinião de Ricardo Antunes (2020, p.181), desde logo, temos presenciado um processo de ampliação do empobrecimento e dos níveis de miséria da classe que vive do trabalho "cujo cotidiano é pautado ou por uma intensa exploração e precarização ou, o que é ainda mais brutal, pelo flagelo do desemprego, subemprego e da informalidade, fenômenos explosivos e que tem uma dimensão global". (ANTUNES, 2020, p. 181).

Conforme relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas (2020), a má recuperação do mercado de trabalho desde a crise econômica de 2015 potencializa os efeitos da pandemia, especialmente para as camadas mais pobres da população, proporcionando um aumento ainda maior dos níveis de desigualdade social na América Latina. (ONU, 2020).

Com efeito, segundo dados recentemente divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), somente no Brasil, o número de desempregados subiu em 20,9% durante a pandemia, alcançando uma taxa de 13,2% de desocupação em contraponto a 11% em dezembro de 2019. (IBGE, 2020).

Não obstante, o IBGE (2020) divulgou ainda, que 3,2 milhões de pessoas foram afastadas do trabalho em decorrência da pandemia sem receber qualquer tipo de remuneração e 30,1% das pessoas ocupadas tiveram uma redução significativa de seus rendimentos, recorrendo, 44,1% dos lares brasileiros ao recebimento de auxílio emergencial.

[3] De acordo com o Dicionário Aurélio (2010, p. 560), por pandemia, pode-se entender como uma "epidemia que ocorre em grandes proporções, até mesmo por todo o planeta".

Porém, conforme observa Ricardo Antunes (2020, p.183), a proposta do (des)governo de oferecer R$600,00 para as parcelas mais empobrecidas da classe trabalhadora é acintosa, uma vez que é absolutamente insuficiente para manter um mínimo de dignidade, sobretudo, em um contexto em que não há trabalho e salário, quanto menos, um sistema de saúde e previdência verdadeiramente abrangente.

Quando existe um sólido conjunto de normas protetoras do trabalho, quando se tem uma classe trabalhadora estável e com direitos, quaisquer decisões tomadas pelos governos e pelas empresas, ainda que em um cenário pandêmico, têm de estar respaldadas nessas normas de proteção social que funcionam como uma espécie de retaguarda. Porém, em um contexto de enorme flexibilização e desregulamentação de direitos, o que acontece, é que trabalhadores e trabalhadoras são relegados à miséria. (ANTUNES, 2020).

Como exemplo, uma série de previsões normativas que prejudicam e precarizam os direitos trabalhistas têm sido redigidas no decorrer da pandemia, especialmente no Brasil, como a medida provisória de nº 936 de 2020, já convertida na lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, que permite, dentre outras questões, a redução da jornada e do salário de empregados, bem como a suspensão do contrato de trabalho mediante acordo individual escrito, contrariando expressamente o art. 7º, VI da Constituição Federal e o princípio da irredutibilidade salarial.

As elites utilizam-se do discurso da catástrofe e se aproveitam do pânico dos cidadãos, para justificar um retrocesso que fere, inclusive, a Lei Superior do país. (KLEIN, 2008).

Boaventura de Souza Santos (2020) adverte, que a pandemia não é indiscriminada e atinge especificamente o público idoso e mais pobre. Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (2020) “as comunidades pobres não só estão muito mais expostas ao contágio, mas quando pegam o vírus, possuem muito menos recursos para a devida atenção ao tratamento”.

> Grande parte da população do mundo não está em condições de seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde para nos defendermos do vírus porque vive em espaços exíguos ou altamente poluídos, porque são obrigados a trabalhar em condições de risco para alimentar as famílias, porque estão presos em prisões ou em campos de internamento, porque não têm sabão ou água potável, ou a pouca água disponível é para beber e cozinhar, etc. (SANTOS, 2020, p. 23-24).

Estamos, portanto, à beira de um colapso social profundo em que, as empresas, para manterem seus altos índices de lucro tentam fazer o que

sempre fizeram, transferir todo o ônus da crise para a classe trabalhadora. Por conta disso, conforme ensina Ricardo Antunes (2020), os desafios a serem trilhados pela frente serão de grande monta, caso efetivamente se queira confrontar e combater toda a letalidade do sistema de capital, que se mostra ainda mais agressiva em tempos pandêmicos.

## 3 LEI E DIREITO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A luta dos trabalhadores desde tempos remotos tinha por objetivo a conquista de direitos que viriam materializados em leis. Obviamente, também se esperava que essas leis fossem efetivamente cumpridas e, com isso, refletissem a justiça e o direito.

No entanto, da análise concreta dos fatos, verifica-se que a lei não raramente, distancia-se em muito do direito. De acordo com o professor Mata-Machado citado por Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (2007, p.39):

> Lei é precisamente um dos modos de manifestação do direito. É mesmo a principal expressão do direito, sua fonte formal por excelência, diremos depois. É o direito escrito, ou o direito revestido de certa forma. A distinção entre Jus e Lex, direito e lei, corresponde à que se faz entre o conteúdo e o continente. A lei contém ou deve conter (pois há leis injustas que, assim, contrariam o que é direito) o direito; este é, ou deve ser, o conteúdo da lei.

Todavia, frequentemente, encontram-se no ordenamento leis que se distanciam do objeto e do valor aos quais são chamadas a atender, e que, ainda assim, são consideradas juridicamente vinculantes pelo fato de terem passado pelo devido processo formal de sua elaboração, o que acarreta a incidência de inúmeros preceitos legais déspotas na ordem normativa de um país.

Um exemplo perfeito disso é a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, que ao permitir a redução de salários em sede de acordo individual durante a pandemia, se distancia totalmente do objeto de direito ao qual é chamada a atender, mais precisamente, a proteção da classe trabalhadora, desenvolvendo o seu inverso: a proteção do capital.

Assim, a lei nem sempre reflete o direito. Aquela, é unicamente concebida pelo seu caráter formal, cuja existência é considerada como válida seja qual for o seu conteúdo. Este último, por sua vez, é efetivamente calcado no ideal de justiça e na real promoção dos interesses sociais.

Conforme ensina Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (2007), a lei emana do Estado, que, por vezes, pode ser influenciado pela classe dominante

na qualidade de proprietária dos meios de produção, daí a vigência de um ordenamento jurídico paradoxal que, por ora dita o direito, por ora a iniquidade.

Diante disso, em um contexto onde a legalidade não coincide com a legitimidade, para evitar que eventual positivismo jurídico injusto recaia sobre a sociedade, faz-se mister ao operador do direito, antes de aplicar determinada norma jurídica, proceder a sua interpretação à luz da história, bem como dos princípios éticos e morais em consonância ao Estado Democrático de Direito. Somente assim, será possível a realização de provimentos jurisdicionais que verdadeiramente atendam aos pressupostos de existência e justificativa do próprio ordenamento jurídico, quais sejam, a efetiva promoção do direito e da justiça.

## 4 O SALÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Do ponto de vista histórico e etimológico, a palavra trabalho decorre do latim *tripalium*, espécie de instrumento de tortura que recaía sobre os animais. Referia-se, em suma, a algo desagradável, que causasse dor, sofrimento ou tortura. Por isso, os nobres e os senhores feudais não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo. (CASSAR, 2014).

No entanto, se no passado o trabalho tinha uma conotação de tortura, atualmente exerce importante papel entre as pessoas e a sociedade como um todo. O trabalho enobrece e enaltece, constitui um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer seja no plano de sua própria individualidade, quer seja no plano familiar e social, influenciando na autoestima e consequentemente na concretização da ideia de dignidade humana.

Neste contexto, o trabalho passa a ser definido como toda energia, física e mental, desprendida pela pessoa humana voltada à consecução de algum resultado. Quando essa energia é desprendida por uma pessoa e o resultado obtido se destina a outra, ressurge como natural que o trabalhador tenha direito a certa contraprestação pelo serviço prestado, pois longe se foram, e de tristes lembranças, os tempos de escravidão em que o senhor gozava do lucro e não remunerava o trabalho prestado pelos seus escravos, ignorando por completo a dignidade da pessoa humana, que só vem a ser manifesta a partir do momento em que se reconhece a utilidade do trabalho e se confere uma contraprestação condizente ao labor prestado. (SOUZA, 2009).

A essa contraprestação correspondente ao serviço prestado denomina-se salário, único meio de sobrevivência do trabalhador empregado, destituído de riqueza e, portanto, dos meios de produção necessários a tornar viável o seu sustento.

Assim, não é de hoje que se sabe, que o ser humano não trabalha pelo belo prazer, mas tão somente em função da necessidade de sobrevivência, ora garantida pela percepção do salário, e daí a necessidade de sua proteção.

Neste viés, o valor social do salário deve, pois, ser visto como um direito fundamental, por nele estar ínsito o direito à vida, que seria ilusório sem o direito a contraprestação pelo trabalho. Ademais, é possível dizer inclusive, que o Direito do Trabalho como um todo, é o mais fundamental de todos por estar estreitamente relacionado à vida e à dignidade da pessoa humana, pois "[...] de nada adianta falar em vida e em dignidade da pessoa, sem o trabalho para proporcioná-las". (SOUZA, 2009, p.73).

Sob este ângulo, Leão XIII já dizia na Encíclica *Rerum Novarum* de 1891 que o trabalho era, para a grande maioria das pessoas, a única fonte de subsistência e que, portanto, a remuneração não poderia permanecer à mercê do jogo frio e automático das leis do mercado, devendo ser fixada com observância das normas de justiça e equidade. (LEÃO XIII, 1881).

Para além, enfatizava ainda a Encíclica *Rerum Novarum* que o contrato não poderia fazer lei entre as partes, principalmente em se tratando de salários:

> Acima de sua livre vontade, há uma lei da justiça natural mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para fazer com que o trabalhador subsista sóbrio e honesto. Se, constrangido pela necessidade ou impelido pelo temor de um mal maior, o trabalhador aceitar condições duras que ele não vê como recusar, porque elas lhe foram impostas pelo patrão ou por aquele que fez a oferta do trabalho, sofre uma violência sobre a qual a justiça protesta. (LEÃO XIII, 1891).

Ademais, a doutrina juslaboral defende o valor do salário como o princípio do justo salário, assim considerado como aquele que atende às necessidades do trabalhador e de sua família, tais como alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, cultura, lazer, etc. (DELGADO, 2016).

Sendo assim, por atender a necessidades existenciais do obreiro, o salário não pode sofrer encargos que causem a diminuição de seu valor, visto que se encontra ao abrigo do princípio da irredutibilidade salarial e qualquer encargo que sobre ele recaia, certamente provocará alguma redução, ainda que despercebidamente. (SOUZA, 2009).

Isto posto, resta evidente a natureza alimentar do salário. Esta, por sua vez, reclama uma regulamentação cuidadosa por parte do legislador, tendo em vista a necessidade de sua contínua proteção frente ao empregador. Isto porquê, dada essa natureza alimentar, uma vez subtraído qualquer valor do montante salarial, algo dos alimentos do empregado será igualmente subtraído, diminuindo a sua capacidade de alimentação e, consequentemente, a sua capacidade de sobreviver. (SOUZA, 2009).

Não obstante, Maurício Godinho Delgado (2016) ainda ressalta uma outra característica de extrema importância do salário, qual seja, o seu caráter forfetário. De acordo com o autor, essa característica peculiar oriunda da expressão francesa *à forfait,* se traduz na qualificação do salário como obrigação absoluta do empregador, independentemente da sorte de seu empreendimento, haja vista que, de qualquer forma, a energia desprendida por parte do obreiro foi substancialmente voltada à consecução dos interesses daquele, ainda que seu negócio tenha se revelado em insucesso.

Ademais, não se pode deixar iludir que a proteção do salário está unicamente ligada a interesses do empregado. Desde há muito já se reconhecia que a proteção direta do trabalhador implica, na verdade, em proteção indireta da sociedade. Não se pensa, pois, em benesses para o obreiro, mas sim à satisfação dos próprios interesses sociais, na medida em que aquele, quer seja pela sua força produtiva, quer seja pelo seu poder aquisitivo, é visto como elemento útil para a sociedade do capital, devendo, portanto, ser protegido, para o bem de toda a sociedade. (SOUZA, 2009).

Por estes caminhos, a mais importante medida protetiva do salário, consubstancia-se na sua irredutibilidade. O princípio da irredutibilidade salarial, consagrado no art. 7º, VI, da egrégia Carta Magna, dispõe, que se empregado e empregador contratarem um salário "X", este deve ser necessariamente o valor a ser pago pela empresa. Ora, eventual redução de salários importa, por conseguinte, em uma imediata lesão a qualidade de vida do empregado, razão pela qual, deve ser coibida.

## 5 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O Direito do Trabalho se solidificou com o fito de buscar a minimização das injustiças sociais. Este dado, por sua vez, pressupõe a compreensão de tal ramo jurídico sob o prisma da justiça, mais precisamente, da justiça social[4], que pode ser tida como um de seus princípios fundamentais. (SOUTO MAIOR, 2002).

Assim, uma vez concebida a justiça social como princípio fundamental do Direito do Trabalho, consequentemente, sobreleva-se o caráter protetor deste

[4] Quanto à conceituação do incógnito termo "justiça social", partilha-se, neste trabalho, do entendimento de Cléber Lúcio de Almeida (2015), para quem, por justiça social, entende-se, a garantia da participação de todos nos benefícios do progresso econômico e social como instrumento de distribuição de riqueza, posto que o trabalho humano é imprescindível para a sua acumulação, e, portanto, deve a riqueza ser distribuída da forma mais equitativa possível para todos àqueles que contribuem para a sua formação.

ramo jurídico manifesto no princípio da proteção, que entende o trabalhador como parte economicamente mais fraca da relação de emprego e, portanto, passível de tutela face ao capital que persiste em impor condições abusivas e sobre-humanas a seus subordinados, aproveitando-se de sua necessidade existencial.

Partindo desse pressuposto, para coibir essas e outras práticas, o Direito do Trabalho lança mão de uma série de outros princípios, tais como o princípio da norma mais favorável[5], da condição mais benéfica[6], da inalterabilidade contratual lesiva[7], da alteridade[8], da irredutibilidade salarial[9], entre outros.

A origem etimológica da palavra princípio vem do Latim *principium* e do grego *prin,* que significa aquilo que vêm primeiro, início ou fundamento de algum fenômeno.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo citado por Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (2007, p. 54-55), em termos jurídicos, princípio pode ser entendido como:

> [...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

---

5 De acordo com Maurício Godinho Delgado (2016), dispõe o princípio da norma mais favorável que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra, no contexto de confronto entre regras concorrentes, ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas. Em suma, não importa a circunstância ou o momento, a norma mais benéfica ao trabalhador deve sempre ser privilegiada e atendida.

6 Alice Monteiro de Barros (2011) ensina, que o princípio da condição mais benéfica se direciona à proteção de situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao contrato de trabalho ao longo dos anos, expressa ou tacitamente, mas, de qualquer forma, com força de direito adquirido, que não poderá ser retirado, sob pena de violação ao art. 468 da CLT. Ademais, para o referido princípio, havendo conflito entre cláusulas contratuais concorrentes, há de prevalecer aquela mais benéfica ao empregado.

7 O princípio da inalterabilidade contratual lesiva, prevê que as partes podem avençar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei ou cláusula anterior, mas nunca, em regresso a dispositivo já pactuado, a lei ou as normas coletivas vigentes.

8 O princípio da alteridade coloca sob o ônus do empregador os riscos do empreendimento, independentemente do insucesso que possa se abater sobre ele, não podendo colocar sob o encargo do trabalhador os revezes advindos do exercício da atividade econômica.

9 Estabelece o princípio da irredutibilidade salarial que a parcela salarial merece garantias específicas, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado, não podendo ser reduzida, haja vista seu caráter alimentar de promover a satisfação das necessidades essenciais do ser humano. (DELGADO, 2016).

Para Miguel Reale (2002), princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, admitidas como condições ou bases de validade das demais asserções que compõem o campo do saber.

Mais especificamente, no Direito do Trabalho, podem ser compreendidos como linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas seguindo critérios diferentes dos que se podem ponderar em outras áreas do direito. (GARCIA apud GONÇALVES, 2007).

De acordo com Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (2007, p. 56) "o Direito do Trabalho, sem a observação de seus princípios pode ser tudo, até Direito Civil, mas Direito do Trabalho, jamais".

Ainda assim, a aplicação dos princípios, que deveria ser a regra, na prática, tem sido frequentemente relegada pela criação e interpretação de normas que vão de encontro a força norteadora desses elementos, principalmente na seara laboral, como é o caso da Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, que prevê a possibilidade de redução salarial mediante acordo individual de trabalho durante a pandemia, agindo em nítido contraponto a diversos princípios do Direito do Trabalho, dentre os quais, os princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva e da irredutibilidade salarial.

Com efeito, a norma mais favorável seria o art. 7º, VI da Constituição Federal, que proíbe a redução de salários, salvo negociação coletiva e não Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020 que permite a aludida redução mediante acordo individual. Ora, a Constituição Federal confere um maior poder decisório e força democrática a classe trabalhadora através da negociação coletiva, ao passo que, em sede de acordo individual, o trabalhador não tem paridade de forças para negociar com o patrão. Por outro lado, a condição mais benéfica seria aquela que confere maior remuneração ao trabalhador, não podendo, portanto, ser o contrato alterado de modo *in peius,* pois tal procedimento, além de ignorar o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que veda a alteração de cláusulas contratuais em prejuízo do empregado, viola ainda o princípio da irredutibilidade salarial, e, por conseguinte, também o princípio da proteção, pedra angular do Direito do Trabalho.

Pelo exposto, os artigos 7º, incisos II e III e o art. 12 *caput* e incisos da Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020 trazem à tona um verdadeiro conflito entre princípios e regras, conflito este que deve ser solucionado tendo em vista pressupostos lógicos de justiça.

A este respeito, Alice Monteiro de Barros (2011) ensina, que princípios são conceitos ou normas fundamentais, enquanto as regras não são nada mais que a simples manifestação de sua expressão, não podendo as normas se contrapor aos princípios, visto que estes últimos são o fundamento de sua criação e existência.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello citado por José Emílio Medauar Ommati (2014), violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer, na medida em que a desatenção ao princípio implica em ofensa não apenas a determinado mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. Trata-se, na verdade, da mais grave forma de ilegalidade, uma vez que representa a insurgência contra todo o sistema, e, com isso, a corrosão de sua estrutura mestra.

De acordo com Geraldo Ataliba (1998, p. 33-34):

> O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

No mesmo sentido é o ensinamento de Jorge Luiz Souto Maior (2002), quando dita que o juiz, ao verificar suposto conflito entre princípios e regras, deve de imediato afastar a aplicação da lei, tendo em vista a supremacia dos princípios.

Cumpre destacar, para que se evite conclusões errôneas, que os princípios jurídicos não negam o positivismo, ao contrário, fortalecem-no, no instante em que possibilitam a existência de um positivismo em compatibilidade ao que é, de fato, direito.

Neste viés, Ronald Dworkin (2007) utiliza a noção de interpretação construtiva aliada a necessidade de coerência a fim de realizar a grandiosa tarefa de arquitetar as fontes normativas para a melhor promoção da equidade e da justiça.

Essa noção de interpretação construtiva tem por objeto o resgate do contexto histórico do direito aliado a seus princípios informadores, o que importa em considerar a coerência do direito como um todo, e não apenas como um conjunto de normas que, por estarem formalmente constituídas, podem ser tomadas de modo desconexo à finalidade precípua do ramo ao qual se vincula.

Assim dispõe o autor:

> Com efeito, quero me opor à ideia de que o “direito” consista em um conjunto fixo de padrões, qualquer que seja sua espécie. Meu propósito foi muito mais assinalar que um exame cuidadoso das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidir uma situação

> específica sobre direitos e obrigações jurídicas incluiria proposições que apresentam a forma e a força dos princípios, e que os próprios juízes e advogados, quando justificam suas decisões, usam com muita frequência proposições que devem ser entendidas dessa maneira[10]. (DWORKIN, 2007, p. 255).

Diante disso, percebe-se, que a redução de salário mediante acordo individual prevista na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020 não é viável, posto que incoerente aos princípios basilares do Direito do Trabalho, bem como, quanto ao processo de justificação histórica e a própria razão de ser deste ramo jurídico, qual seja, a melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Ademais, a possibilidade de redução do salário traz regressão a direito adquirido, e, com isso, deixa o trabalhador destituído de qualquer segurança jurídica no tocante ao valor salarial estabelecido em seu contrato de trabalho. O trabalhador fica, então, largado à mercê da crise sob o argumento de "possibilidades" de demissões que sequer chegam a ser comprovadas, além de responder sozinho pelos riscos do empreendimento que, na verdade, deveriam pertencer ao empregador.

Neste seguimento, brilhante é a conclusão do professor Rodolfo Viana Pereira em seu livro, Hermenêutica Filosófica e Constitucional (2006, p. 155):

> O direito aplicável será, pois, resultado não de uma observação míope de regras restritas a reduzidas hipóteses de incidência, nem de uma utilização frouxa de seus preceitos tendente a prejudicar a segurança jurídica em prol de uma diferida e questionável promessa de bem-estar, mas fruto de uma concepção que presta deferência à segurança jurídica e, lado outro, consagra sua legitimidade.

Ora, a segurança jurídica do trabalhador consiste no *quantum* acordado quando da realização de seu contrato de trabalho, e, portanto, não pode ser suprimida por posterior acordo individual voltado a redução salários sob pena de lesão a direito adquirido.

Não obstante, conforme ensina Dinaura Godinho Pimentel Gomes (2003), não se pode conferir uma dimensão absoluta a vontade das partes no que tange à fixação e delimitação dos direitos fundamentais, dentre eles, a percepção de um salário justo. Afinal, o salário é o principal, quando não, o único, meio de subsistência digna do trabalhador e de sua família. Isto requer, antes de tudo, a constante observação dos princípios basilares do Direito do Trabalho como diretrizes a orientar a fixação das normas que regem

[10] Trad. livre.

as relações pertinentes, sendo certo assim que, em respeito à dignidade da pessoa do trabalhador,

> [...] não se pode aceitar a doutrina dos que consideram a vontade humana quer dos indivíduos, quer dos grupos, primeira e única fonte dos direitos e deveres dos cidadãos, da obrigatoriedade da Constituição e da autoridade dos poderes públicos. (GOMES, 2003, p. 120).

Por todo o exposto, é perfeitamente possível se chegar à conclusão de que toda e qualquer regra jurídica que venha a se afastar dos princípios basilares do Direito do Trabalho não poderá ser aplicada, especialmente em se tratando de acordos de cunho individual que anulem direitos trabalhistas, ora, os princípios prevalecem sobre as regras. Caso contrário, dentro de pouco tempo a massa trabalhadora se verá sujeita a um conceito de Direito do Trabalho diferente, no qual um conjunto de normas dispositivas permitem a prevalência do "negociado" – inclusive em sede individual – sobre o legislado sempre que a empresa julgá-la conveniente à atenção de seus interesses imediatos, transferindo o ônus do empreendimento para a figura do trabalhador, que fica relegado a uma condição de extrema miserabilidade importando em um verdadeiro retrocesso social para toda a humanidade.

## 6 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DE SALÁRIOS POR ACORDO INDIVIDUAL E O PROTAGONISMO DO PRECARIADO NA LUTA CONTRA O DESMANTELAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

Como medida de preservação de empregos e da renda dos trabalhadores no momento da crise gerada pelo novo coronavírus, em 01/04/2020, o Governo Federal cria o "Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda", garantindo aos empregados que tiveram seus contratos suspensos ou salários reduzidos o pagamento de um benefício social denominado "Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda", além da estabilidade no emprego pelo período equivalente ao tempo de duração da redução salarial ou suspensão do contrato.

Embora a MP 936/20, posteriormente convertida na Lei 14.020/2020, estabeleça a concessão de um benefício social aos empregados atingidos economicamente pela pandemia, busca evitar o fechamento de postos de trabalho impondo sacrifícios, de renda e de condições de trabalho, à classe trabalhadora. O "BEM", além de não preservar o valor integral do salário recebido pelo trabalhador, não sendo suficiente para manter a renda daqueles que já ganham pouco, aumenta o poder dos empregadores, autorizando a redução de salários, de forma proporcional à jornada, por meio de acordo individual.

Conforme dispõe o art.12 da lei 14.020/20, poderão ter seus contratos suspensos, ou salários reduzidos, através de mero acordo individual entre as partes, àqueles empregados que perceberem salário igual ou inferior a R$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); ou ainda aqueles que perceberem salário igual ou inferior a R$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); e também os portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Ressalta-se que, para os demais empregados, não enquadrados nos valores expostos acima, as medidas "emergenciais" somente poderão ser estabelecidas por convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, salvo se a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário for de até 25% (vinte e cinco por cento) ou não resultar diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado, incluídos neste valor o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ajuda compensatória mensal e, em caso de redução da jornada, o salário pago pelo empregador em razão das horas de trabalho, hipóteses nas quais se admite a pactuação por acordo individual escrito independentemente do salário mensal percebido pelo empregado.

Trata-se de clara ofensa de natureza material à Constituição Federal, que enfatiza em seu art. 7º, VI a impossibilidade de se reduzir salários por qualquer caminho que não seja o da negociação coletiva. Conforme leciona Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 1086) "a inconstitucionalidade material é aquela que ocorre quando o conteúdo de leis ou atos normativos encontra-se em desconformidade (ou desacordo) com o conteúdo das normas constitucionais". No mesmo sentido, ensina Pedro Lenza (2014, p. 290) que, "a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição". Assim, sempre que o conteúdo da lei ou do ato normativo contrariar o conteúdo da Constituição, haverá a existência de um vício material, devendo, portanto, tal dispositivo ser prontamente declarado inconstitucional.

Neste contexto, observa-se que, ao permitir a redução de salários em sede de acordo individual entre empregado e empregador, a Lei nº 14.020 de 2020 viola materialmente o conteúdo do art. 7º, IV da Carta Magna, que estabelece, como visto, a irredutibilidade salarial com exceção de negociação coletiva. Tal inconstitucionalidade não pode de maneira alguma ser admitida, sob pena de se legitimar a afronta ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante, a possibilidade de redução de salários em sede de acordo individual se apresenta, ainda, como um desrespeito ao princípio da proteção, já que, tratando-se de trabalhadores hipossuficientes, em especial em um contexto de crise econômica mundial, os acordos individuais representam muito mais imposições patronais do que um consenso de vontades.

A Constituição Federal confere um maior poder decisório e força democrática a classe trabalhadora através da negociação coletiva, ao passo que, em sede de acordo individual, o trabalhador não tem paridade de forças para negociar com o patrão.

Sem qualquer justificativa, o legislador retira daqueles que recebem menores salários a possibilidade de uma proteção sindical. Opta por deixar àqueles que sofrem uma intensa exploração e precarização do trabalho à mercê das imposições do empregador, escolhendo intensificar as práticas neoliberais e desvalorizar o trabalho humano.

Apresentando como objetivos a preservação do emprego e da renda; a continuidade das atividades laborais e empresariais; e a redução do impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública, "persiste nas MPs nº 927 e 936 a lógica restritiva de direitos fundamentais trabalhistas e de desconfiguração do sistema protetivo do Direito do Trabalho." (DELGADO; AMORIM, 2020, p.5)

Como alerta Ricardo Antunes "Se já estávamos presenciando a corrosão, o desmoronamento e a eliminação completa dos direitos do trabalho, o que podemos esperar no contexto desta brutal pandemia, no qual a explosão do coronavírus (a "gripezinha") estampou a desproteção completa e cabal da classe trabalhadora?" (ANTUNES, 2020, p.23)

O neoliberalismo apresenta sua receita para a saída da crise com contrarreformas trabalhistas, onde as palavras de ordem são "maior exploração e mais espoliação":

> (...) mais flexibilização, mais informalidade, mais intermitência, mais terceirização, mais home office, mais teletrabalho, mais EAD, mais algoritmos comandando as atividades humanas, visando a convertê-las (em todos os setores e ramos em que for possível) em um *novo apêndice autômato* de uma *nova máquina digital* que, embora possa parecer *neutral*, serve aos desígnios inconfessáveis da *autocracia do capital.* (ANTUNES, 2020, p.29)

O Governo Bolsonaro, com o apoio de seu fiel escudeiro, Paulo Guedes, busca atender aos interesses de um elite "predadora e predatória", que, precisando da força de trabalho humana, pois apenas essa gera valor e riqueza social, ao invés de valoriza-la, busca "depauperar, dilapidar, corroer e destroçar (...)" (ANTUNES, 2020, p.23), sem, no entanto, eliminá-la por comple-

to. Nos últimos anos, essa lógica neoliberal de destruição e espoliação dos direitos trabalhistas tem se apresentado como um projeto, apoiado desde o Governo Temer, com a promulgação da Reforma Trabalhista e a permissão da terceirização da atividade-fim, continuado com o atual governo, escancarado na Lei da Liberdade Econômica, no surgimento do "contrato verde e amarelo" e na edição das medidas provisórias destinadas a "atenuar a crise econômica" ocasionada pela pandemia do vírus. O que esperar então desse governo pandêmico senão a transferência de todo os ônus para a classe trabalhadora, visando recuperar os bônus da elite.

O que fazer então? Com a pandemia, a proteção ao direito do trabalho torna-se ainda mais urgente. Momentos de extrema crise, como o que estamos vivenciando, apresentam possibilidades para ambos os lados. O capital, aproveitando-se da fragilidade do momento, buscar impor sua agenda neoliberal, através de medidas ainda mais drásticas de retirada de direitos sociais, justificando-se na crise. Atropela, com total desprezo, princípios que buscam afirmar e proteger a centralidade da pessoa humana, a dignidade, a valorização do trabalho e do emprego e a igualdade. (DELGADO; AMORIM, 2020)

No entanto, a auto-organização popular apresenta-se como crucial ao enfrentamento dessas políticas destrutivas. Esperar do Estado ações políticas que levem à transformação do *status quo* parece ilusório. Por isso, a práxis tem que vir do povo, dos próprios oprimidos. É necessário confrontar e alterar o sistema de internalização a favor do capitalismo pelo próprio sistema educacional formal, substituindo formas onipresentes e enraizadas de conformidade e consenso, por uma consciência crítica que crie instrumentos de pressão capazes de romper a lógica da sociedade mercantilizada (MÉSZÁROS, 2008).

A consciência da opressão já se faz perceptível em movimentos protagonizados por aqueles frustrados e revoltados com a instabilidade e insegurança promovida pela vida controlada pelo mercado. Á guisa de exemplo, tem-se o *precariado* – junção do adjetivo *precário* e do substantivo *proletário* – que nomeia aquela parcela, atualmente em exponencial crescimento, dos trabalhadores que, submetidos a postos terceirizados, temporários, com baixos salários e pouquíssimos direitos, trabalham apenas para evitar a pobreza e para alcançar os padrões ideais de consumo, sem qualquer tipo de realização pessoal ou sentimento de pertencimento e ainda mais atingidos pela pandemia.

Neste cenário de constante fragilidade, ameaçados pela crise econômica e pela alta da taxa de desemprego, submetidos a condições cada vez mais precárias de subemprego, sem qualquer tipo de perspectiva otimista para o futuro, a resposta de parte do *precariado* à espoliação de seus direitos sociais, tem sido manifestações de protesto espalhadas ao redor do mundo capitalista. Movimentos, protestos, marchas, greves locais e gerais, não apenas demonstram a insatisfação dos trabalhadores diante da deterioração do

trabalho construído pelo Estado de Bem-estar Social, como também representa a mobilização de jovens para defender direitos sociais conquistados pelas gerações passadas, de seus pais e avós, também através de lutas.

Através da reinvenção das lutas coletivas, estes novos personagens, fazendo uso de novas armas de resistência, tais como a tecnologia, apresentam-se como a possível "mola propulsora" da reestruturação de um novo sistema, verdadeiramente libertário, capaz de se impor frente ao sistema dominante e a naturalização do direito do trabalho de emergência. (COSENTINO FILHO, 2011).

Diante do desmantelamento da solidariedade de classes pelo Neoliberalismo, parcela do *precariado* tem demonstrado capacidade de auto-organização, transformando-se em um sujeito de ação coletiva contra a tendência de subordinação à lógica do mercado. Contraditoriamente, ao tratar a solidariedade fordista como um de seus grandes adversários, combatendo e subornando as ações sindicais, o Neoliberalismo acabou contribuindo para a potencialização de ações esporádicas dos trabalhadores precários. Observa-se, também, que as mesmas práticas capitalistas que buscam aprofundar a exploração do trabalhador, obtém o efeito reverso ao favorecer certa mobilização coletiva. Na visão de Ruy Braga (2017), o Neoliberalismo, ao mesmo tempo em que bloqueia o surgimento das fontes de conflito, também os promove, ou seja, na prática "[...] o recuo da proteção trabalhista tende a aumentar o apetite grevista dos trabalhadores precários, potencializando a solidariedade e não a competição." (BRAGA, 2017, p.64).

Em momentos de crise econômica, como os que experimentamos agora, a insatisfação dos trabalhadores tende a explodir: baixos salários, endividamento, deterioração das condições de trabalho e retirada de direitos são o estopim para a mobilização social. A eclosão da solidariedade tende a ocorrer nos momentos em que a instabilidade e a insegurança são maiores, coincidindo as mobilizações coletivas com momentos de renovação de contratos temporários, de negociação de acordos e convenções coletivas, e, principalmente, nos momentos em que a economia do país não apresenta sinais positivos. Momentos em que a resistência individual não se mostra suficiente, em que se exige empenho coletivo. As crises, apesar de cíclicas, possuem uma duração limitada, e seu principal desafio é impedir que o momento de indignação seja dissipado pelas pressões econômicas imediatas, buscando modos para que o engajamento das massas não seja transitório, mas permanente. É necessário internalizar no trabalhador que a precariedade da sua condição não é fruto da crise econômica, tampouco temporária, mas, sim, um estado permanente do sistema capitalista, e que a revolta temporária não é suficiente para buscar um sistema pautado na dignidade humana e na justiça social.

Reconhece-se que estamos diante de um momento sem precedentes históricos, uma pandemia sanitária que nos impôs isolamento social e tem causado perdas não apenas econômicas, mas de vidas humanas. No entanto, a crise econômica não pode se apresentar como justificativa para a flexibilização, desregulamentação e extinção de direitos trabalhistas, já tão espoliados nos últimos anos. Não pode, e nem deve, a classe trabalhadora sacrificar-se ainda mais. "Nesse momento de crise, a legislação pandêmica do trabalho, ao autorizar a redução salarial e a compensação de jornada por acordo individual de trabalho, institui perigosíssimo precedente de flexibilização de elementos centrais ao contrato de trabalho." (DELGADO; AMORIM, 2020, p.7)

## 7 CONCLUSÃO

A crise do Coronavírus impactou profundamente a classe trabalhadora. Considerando que uma das principais medidas destinadas a contenção da disseminação do vírus reside no isolamento social, o desenvolver da pandemia direcionou praticamente a paralização total de diversos setores da atividade econômica.

Nesse cenário, a pretexto de preservar postos de emprego, a Medida Provisória nº 936 de 2020 foi convertida na Lei 14.020/2020, que prevê, dentre outras questões, a possibilidade de redução salarial em sede de acordo individual entre empregado e empregador.

No entanto, há que se ressaltar que a lei nem sempre reflete o direito e o caso do art. 7º, incisos II e III e do art. 12 *caput* e incisos da Lei nº 14.020/2020 é um deles. O fato de estarem contemplados dentro de um arcabouço legal não significa que sejam direito. Ora, a lei é aquela unicamente considerada segundo seu caráter formal, uma vez formulada pelo poder legislativo, já o direito vai muito além, sendo aquele que reflete, efetivamente, os reais interesses da sociedade como um todo.

Os dispositivos da Lei 14.020/2020, ao permitirem a redução salarial mediante acordo individual, não são, portanto, de direito, pois sobrecarregam as grandes massas sociais, mais precisamente, os trabalhadores, ao mesmo tempo em que velam pelos interesses de parcas minorias, preservando seu patrimônio sob o ônus de parcelas existenciais da classe obreira.

Ora, o salário é um direito fundamental, talvez, o mais fundamental de todos, posto que indispensável para a compra e aquisição dos alimentos de que o trabalhador necessita para viver, bem como, para manter um mínimo de qualidade de vida digna, razão pela qual, não pode, de maneira alguma, ser reduzido, sob pena de redução da própria capacidade de sobrevivência do obreiro.

Assim, para garantir a dignidade humana do trabalhador, o salário é alvo de proteção, não só principiológica – através do princípio da irredutibilidade salarial, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, etc, – mas também, constitucional – art. 7º, VI, CF.

No entanto, ao prever a redução salarial em sede de acordo individual, os arts. 7º e 12 da Lei 14.020/2020 vão de encontro a esses a princípios, assim como, também, a Constituição.

No que se refere ao conflito entre princípios e regras, há que se prevalecer os princípios, ficando desde logo derrogados os aludidos dispositivos, por serem os princípios normas mestras, estrutura e fundamento do sistema jurídico inteiro, ao passo que as normas não são nada, senão meras derivações daqueles.

Por outro lado, igualmente resta observada a inconstitucionalidade material da redução salarial em sede de acordo individual, uma vez que se encontra em evidente contraponto ao conteúdo da Constituição Federal, que proíbe a aludida redução por qualquer meio que não seja o da negociação coletiva.

Sendo assim, tem-se que os arts. 7º e 12 da Lei 14.020/2020 não podem prevalecer e desencadear efeitos no plano jurídico face a supremacia da Constituição, Lei Superior do país.

Percebe-se, que o capital costuma se aproveitar de crises e de tempos sombrios para empreender retrocessos face a direitos duramente conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos, desconstruindo o Direito do Trabalho em prol da supremacia do lucro.

Nesse cenário, a auto-organização popular apresenta-se como crucial ao enfrentamento de políticas destrutivas. Esperar do Estado ações políticas que levem à transformação do *status quo* parece ilusório. Por isso, a práxis tem que vir do povo, dos próprios oprimidos. É necessário confrontar e alterar o sistema de internalização a favor do capitalismo pelo próprio sistema educacional formal, substituindo formas onipresentes e enraizadas de conformidade e consenso, por uma consciência crítica que crie instrumentos de pressão capazes de romper a lógica da sociedade mercantilizada.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região.** Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 235-256, jan-jun. 2015. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27282/Por%20um%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20cleber.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 maio 2020.

ANTUNES, Ricardo. O vilipêndio do coronavírus e o imperativo de reinventar o mundo. In: TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo Filho. **Quarentena:** reflexões sobre a pandemia e depois. Bauru: Canal, 2020.

ANTUNES, Ricardo. Coronavírus [ recurso eletrônico]: o trabalho sob fogo cruzado. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRAGA, Ruy. **A rebeldia do precariado**: trabalho e neoliberalismo no Sul Global. São Paulo: Boitempo, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **VADE Mecum Compacto de Direito.** 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016, p. 03-94.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, 07 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSENTINO FILHO, Carlo Benito. **Os trabalhadores do conhecimento e o trabalho imaterial**: as novas possibilidades de reinvenção das lutas coletivas. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/18539/1/CARLO%20BENITO%20Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf. Acesso em: 19/10/2020

CORONAVÍRUS: o que é? [S.1.]: **Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina**. Disponível em: https://www.saude.sc.gov.br/coronavirus/doenca.html. Acesso em: 14 out. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves. O mundo do trabalho na transição entre os séculos XX e XXI. In: PIMENTA; José Roberto Freire et al. **Direito do Trabalho**: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004. p. 126-152.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia.** Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DWORKIN, Ronald. **La Justicia Con Toga.** Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** o dicionário da língua portuguesa. Coord. Marina Baird Ferreira. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, v. 11. n. 44. p. 92-143, jul-set. 2003.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista.** 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Trabalho:** desocupação, renda afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php. Acesso em: 16 set. 2020.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Trad. Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica Rerum Novarum**: sobre a condição dos operários. Roma, 15 de maio de 1891. [S.1.]: **Vaticano**, 2020. Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Impactos socioeconômicos da Covid-19 são mais intensos entre população mais pobre no Brasil. [S.1.]: **ONU**, 2020. Disponível em: https://nacoesunidas.org/impactos-socioeconomicos-da-covid-19-sao-mais-intensos-entre-populacao-mais-pobre-no-brasil/. Acesso em: 16 set. 2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

POCHMANN, Marcio. Sobre o papel do Estado na economia e Covid-19. In: TOSTES, Anjuli; MELO, Hugo Filho. **Quarentena:** reflexões sobre a pandemia e depois. Bauru: Canal, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus.** Coimbra: Edições Almedida, 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. **Revista LTr,** São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_furia.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

SOUZA, Gelson Amaro de. O salário como direito fundamental: revisitação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária,** Porto Alegre, v. 20, n. 240, p. 71-92, jun. 2009.

# DEMOCRACIA E LEGALIDADE: Criminalização da Homotransfobia à luz do Garantismo Penal de Ferrajoli

# DEMOCRACY AND LEGALITY: Criminalization of Homotransphobia in the light of Ferrajoli's Penal Guaranteeism

Mônica Rafaela Oliveira Martins Rieger[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto de estudo a decisão acerca da criminalização da homotransfobia emanada do Supremo Tribunal Federal na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO 26, julgada em conjunto com o Mandado de injunção – MI 4733. O objetivo é analisar a criminalização da homotransfobia à luz do garantismo penal de Ferrajoli, pressuposto teórico do presente estudo, verificando, de forma objetiva, sua constitucionalidade a partir de axiomas. Para tanto, adota-se a metodologia de análise de decisões – MAD. A partir de um contraponto da decisão com os requisitos constitucionais de verificabilidade do garantismo penal, os resultados apontam que houve violação à legalidade enquanto mandamento nuclear do sistema jurídico penal, à proibição da analogia *in malam partem*, à taxatividade e à separação de poderes, trazendo sérias consequências em prejuízo da delimitação do alcance do tipo penal vinculado à lei em sentido estrito, marcando um protagonismo ao subjetivismo dos magistrados no exercício de suas funções.

**Palavras-chave:** Democracia. Garantismo. Homotransfobia.

**ABSTRACT:** The present article has as its object the decision about the criminalization of homotransphobia from the Supreme Federal Court in the ADO 26, which was judged together with the MI 4733. The main goal is to

[1] O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Mestranda em Direito - Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: monicarieger@outlook.com.

analyze the criminalization of homotransphobia in the light of Ferrajoli's penal guaranteeism, the theoretical assumption of the present study, verifying, objectively, its constitutionality from axioms. For that, MAD methodology is adopted. Based on a counterpoint of the decision with the constitutional requirements for verifiability of the criminal guaranteeism, the results show that there was a violation of legality as a core of the criminal legal system, the prohibition of the analogy *in malam partem*, taxativeness and separation of powers, serious consequences to the delimitation of the penal type linked to the law in a strict sense, marking a protagonism to the subjectivism of the magistrates in the exercise of their functions.

**Keywords:** Democracy. Guaranteeism. Homotransphobia.

## 1 INTRODUÇÃO

A legalidade constitui uma garantia basilar de todo o sistema jurídico penal, trata-se de um mandamento constitucional rígido que o alicerça e norteia a interpretação da lei penal e o desenvolvimento da teoria do crime e da teoria da pena, considerado como regra imposta ao poder punitivo a fim de limitá-lo.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal promoveu a criminalização da homotransfobia. Para tanto, enquadrou a discriminação decorrente da orientação sexual do indivíduo ao conceito de racismo e, por meio da via interpretativa, dilatou o alcance criminalizador da lei 7716/89, conhecida como a lei de racismo. A decisão não apenas relativizou a legalidade penal, como sequer levou em conta sua natureza e rigidez, precipuamente sob o aspecto da limitação formal, ocorre que a legalidade penal impõe barreiras à analogia *in malam partem* perpetrada pelo Tribunal.

A partir dessas considerações, o presente estudo visa discutir o problema inerente à inobservância da legalidade e suas consequências. Para tanto, adota a metodologia de análise de decisões – MAD e utiliza a doutrina voltada ao garantismo penal para a construção das considerações principais. O primeiro capítulo desenvolve uma síntese acerca do garantismo penal. O segundo capítulo, por seu turno, trabalha o conceito do axioma da legalidade. Os terceiro e quarto capítulos estudam os principais argumentos da decisão e as discussões acarretadas pelo seu provimento.

Desta forma, é possível observar que a decisão, de cunho político, embora trate de um assunto de extrema relevância social, acaba por atingir um importante pilar do Estado democrático de Direito: a legalidade.

## 2 BREVE SÍNTESE ACERCA DO GARANTISMO PENAL

Diversos autores discutem a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO número 26, conjuntamente julgada com o Mandado de injunção – MI 4733, frente ao princípio da legalidade e da reserva legal, está claro que a decisão acaba por ultrapassar os limites impostos pela legalidade. Sob este prisma, é importante discutir a via eleita e a possibilidade jurídica de decisões semelhantes a fim de resguardar não somente a legalidade, mas os institutos dela decorrentes, tais como o princípio da separação de poderes e as garantias da irretroatividade das leis penais e proibição da analogia *in malam partem*, essenciais à manutenção de um direito penal mínimo.

O garantismo penal visa estabelecer parâmetros objetivos que garantam a observância das garantias fundamentais. Ferrajoli sistematiza o garantismo penal de forma completa e exaustiva e consolida axiomas que servem como requisitos de verificabilidade em uma análise jurídica. Serve, por tanto, como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva. Assim, o jurista italiano desenvolve três significados para o garantismo: um modelo normativo de direito; uma teoria jurídica da validade e da efetividade e, por fim, enquanto uma filosofia política que impõe ao Estado e ao próprio direito o ônus da justificação externa. Visa, de forma precípua, a separação entre o direito e a moral (FERRAJOLI, 2002, p.685).

Partindo dessas considerações, o juspositivista e constitucionalista Luigi Ferrajoli, preceitua que o papel social não é servir a justiça, mas sim ao direito. Dessa forma, consolida dez axiomas que, somados, formam uma espécie de teste de racionalidade lógico e cientifico acerca da decisão, são critérios de verificabilidade importados das ciências naturais. Não se trata de um juízo de opinião, moral, ou de noção de justiça (se é justo ou injusto) mas, de uma análise jurídica a partir dos axiomas. Não é, por tanto, uma análise subjetiva, mas sim objetiva, a partir de um sistema lógico e verificável.

### 2.1 O axioma da legalidade

O modelo garantista adota os seguintes princípios axiológicos fundamentais (axiomas): *Nulla poena sine crimine; Nullum crimen sine lege; Nulla lex (poenalis) sine necessitate; Nulla necessitas sine injuria; Nulla injuria sine actione; Nulla actio sine culpa; Nulla culpa sine judicio; Nullum judieium sine accusatione; Nulla accusatio sine probatione; Nulla probatio sine defensione*.

Vale lembrar, que cada um dos axiomas que integram o modelo garantista consolidado por Ferrajoli, foram extraídos de Constituições democráticas,

sendo o basilar dentre os demais: o axioma da legalidade, que tem seu primeiro antecedente histórico com a Magna Carta de 1215 (CANOTILHO, 1993, p.503) e nasce como um dos princípios norteadores da atuação estatal, figurando como limitador quanto à intervenção nas liberdades individuais.

No final do século XVIII é proposto na obra "Dos delitos e das penas", de Cesare Beccaria, sendo que sua sistematização veio com a teoria da coação psicológica, de Anselm von Feuerbach, no início do século XIX (BRANDÃO, 2019, p.33), concisa consideração histórica que evidencia seu caráter basilar, afinal, "o princípio da legalidade é condição necessária para que se constitua o Direito Penal" (BRANDÃO, 2010, p.74).

À luz da doutrina clássica, a legalidade é considerada como a garantia de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF/88), a lei, neste caso, é considerada em seu sentido amplo, diz respeito a quaisquer das espécies normativas elencadas pelo art. 59 da Constituição Federal. Por outro lado, a estrita legalidade, também chamada de princípio da reserva legal, preceitua que o Estado, por meio da lei em sentido estrito, detém o monopólio da criação de crimes e cominação de penas, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX da CF/88.

Para o garantismo penal, o axioma da legalidade, *nullum crimen sine lege*, exige a lei como condição necessária da pena e do delito e deve ser analisado sob duas dimensões, enquanto princípio de mera legalidade e princípio da estrita legalidade. Assim, a legalidade é ao mesmo tempo condicionante e condicionada, na medida em que "não é mais apenas condicionamento e disciplina, mas também ela mesma condicionada e disciplinada por laços legais, não apenas formal, mas também substancial" (FERRAJOLI, 2011, p. 33, tradução nossa).[2]

Assim, a mera legalidade condiciona os juízes uma vez que eles estão sujeitos às leis. Com a mera legalidade, há uma lei vigente (limitação formal), que não necessariamente será válida, pois, para observar a validade desta lei, é necessário estar presente a estrita legalidade que, no garantismo penal, condiciona a atuação do legislador na medida em que exige a observância de garantias como condições necessárias da legalidade penal no processo legislativo (limitação substancial).

> Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex*

[2] *"Ya no es solo condicionante y disciplinante, sino también ella misma condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales".*

> *poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

Em síntese, a mera legalidade é a necessidade da lei como condição do delito e da respectiva pena, sendo que esta lei deverá respeitar o processo legislativo constitucional, o que consolida a limitação formal. De outro lado, a estrita legalidade é a necessidade de observância das garantias constitucionais e precipuamente dos princípios da necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionariedade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório. Desta maneira, consolida a limitação substancial e condiciona a atuação do legislador.

Importante destacar os fundamentos jurídico, político e democrático do princípio da legalidade. Face ao fundamento jurídico, a lei deve descrever com precisão o conteúdo mínimo da conduta criminosa. O fundamento político visa proteger o ser humano contra o arbítrio do Estado, o que faz do princípio da legalidade um direito fundamental de primeira dimensão. Quanto ao fundamento democrático ou popular, a população, por meio de seus representantes eleitos, decide os rumos do direito penal na tipificação de crimes e cominação das respectivas penas.

Ademais, a legalidade alcança a interpretação da lei penal e se desdobra em determinadas consequências, a primeira delas, a proibição da analogia *in malam partem*, desdobramento lógico da taxatividade, isto porque "no silêncio da lei não é possível nenhum processo de integração por parte do aplicador da norma para a ampliação do conteúdo da lei ou da sua sanção" (BRANDÃO, 2010, p. 158), do contrário, haveria afronta ao princípio da legalidade, que visa justamente impedir a extensão do âmbito legal da punibilidade por meio da discricionariedade judicial.

Por outro lado, a analogia *in bonam partem* é possível, isso pois, não estende a discricionariedade judicial, pelo contrário, restringe, utilizando-se do princípio do favor rei. Outrossim, a irretroatividade da lei penal em desfavor do réu é defesa. A lei deve ser prévia ao fato, do contrário, não há crime, mas um ato de mera hostilidade, por tanto, a lei deve ser prévia, escrita, estrita e certa.

Assim, a legalidade figura como o resultado da evolução epistemológico-teórica da separação entre o direito e a moral e possibilita a evolução do Direito em sua interpretação e na formação da teoria do crime, na medida em que se torna corolário da tipicidade, contribuindo ainda com a evolução da teoria da pena, na medida em que comina sanções.

## 3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO número 26 foi proposta pelo partido popular socialista sob o argumento de que a homofobia e a transfobia são espécies de racismo, sendo racismo toda a ideologia de superioridade de um grupo em face de outro e que a homotransfobia se enquadra no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, devendo, por tanto, ser punida nos termos do artigo 5º, XLI da CF/88, que dispõe: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Neste sentido, foram formulados pedidos a fim de que o Supremo Tribunal Federal – STF, reconheça o enquadramento da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo, criminalizando-o, declare a mora inconstitucional do Congresso Nacional na elaboração de lei que tipifique a homotransfobia como crime, fixando prazo para que o Congresso Nacional aprove legislação neste sentido e, caso transcorra o referido prazo, que seja efetivamente tipificada tal conduta e fixada a responsabilidade do Estado pela omissão legislativa.

Dentre as principais considerações suscitadas, o relator, Ministro Celso de Mello, deixa claro que o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório à comunidade LGBTQIA+[3] é incontestável e traz dados acerca deste tratamento, razão pela qual entende tratar-se de uma inaceitável, gravíssima e odiosa discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, este enquadramento seria a primeira questão primordial a ser avaliada pelo Tribunal, afirma. A segunda questão que avalia é a obrigatoriedade de edição de lei penal que torne crime condutas neste sentido, para o relator, a legislação atual é esparsa e insuficiente.

Em sua tese, o relator defendeu que condutas de homotransfobia, traduzem expressões de racismo, "compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na lei nº 7.716/89", ainda, que na ocasião de homicídio doloso, resta configurada a qualificadora do motivo torpe.

Defendeu também que a repressão à homotransfobia não limita a liberdade religiosa, desde que suas manifestações não configurem discursos de ódio. Por último, compreende que o conceito de racismo na dimensão social vai além do aspecto biológico ou fenotípico, é de uma construção histórica e cultural de controle ideológico, o que coloca a população LGBTQIA+ em um grupo de vulneráveis, degradados a condição de marginais do ordenamento jurídico e de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

[3] Sigla utilizada para se referir a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais ou transgêneros, *queer*, intersexo, assexual e as demais orientações sexuais ou de identidade de gênero.

Os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram a favor do enquadramento da homotransfobia como tipo penal definido na lei do racismo até que o congresso nacional edite lei sobre a matéria. A ministra Cármen Lúcia destacou que o provimento do pleito e a consequente criminalização em questão se daria de forma temporária, somente até que o poder legislativo resolva a matéria.

Restaram vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que entenderam que a lei do racismo não pode ser ampliada em razão da taxatividade dos delitos expressamente previstos nesta lei, considerando que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis contribui para uma cultura livre de todo e qualquer preconceito e discriminação, preservados os limites da separação dos Poderes e da reserva legal em termos penais.

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou a importância do princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal no campo da tipicidade penal e destacou a jurisprudência reiterada do Tribunal no sentido de que somente se admite a lei interna como fonte formal e direta de regras de direito penal, a regra se dá não apenas em decorrência do artigo 5º, XXXIX, da CF/88, mas também do artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O Ministro destaca também a impossibilidade de invocar os precedentes concretistas firmados nos Mandados de Injunção – MIs 670, 708 e 712 em razão do presente caso se tratar de matéria penal, sujeita à reserva legal absoluta.

Neste seguimento, o Ministro Marco Aurélio igualmente deixa claro que a estrita legalidade, "no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais" e salienta que a lei 7716/89 (lei de racismo), de forma taxativa, diz respeito aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, não abrange, por tanto, a discriminação decorrente da orientação sexual do indivíduo.

O Ministro destacou também o descabimento do enquadramento da homofobia e da transfobia "no conceito ontológico constitucional de racismo" para o fim de tipificar determinada conduta, sendo que a taxatividade rechaça essa possibilidade, do contrário haveria uma usurpação de competência. Aliás, interessante pontuar que, o Ministro relembra que não apenas trata-se de matéria de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, I da CF/88 mas também de matéria cujo caráter privativo afasta inclusive a possibilidade de edição de medida provisória.

Houve um caso em que o estatuto do desarmamento previa prazo para entrega de armas ilegais, o período de atipicidade temporária venceu e foi diversas vezes prorrogado pela medida provisória 417/08. Neste caso, o próprio STF entendeu que medida provisória poderia tratar de matéria penal desde que para favorecer o réu e em normas não incriminadoras, em razão da obediência à legalidade.

Além disso, o Ministro deixa claro o entendimento de que, em caso de ampliação da norma incriminadora pela via interpretativa, a delimitação do alcance do tipo penal "não mais estaria vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz, em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal", os votos vencidos levam em consideração a taxatividade da lei de racismo, a rigidez da legalidade em sentido estrito, a importância dessa garantia constitucional na limitação do poder punitivo e os riscos inerentes às decisões que venham permitam a sua relativização e possibilitem a sua extirpação.

Não obstante, a maioria dos Ministros parece deixar de lado a legalidade e sua rigidez normativa, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, sequer menciona a legalidade estrita, igualmente o fazem os demais Ministros, que não observam a barreira imposta pela própria Constituição. Fato é que a fundamentação da decisão a favor da criminalização "invoca o 'espírito da lei' para acrescentar expressões não constantes do texto legal e, assim, dilatar seu alcance criminalizador" (KARAM, 2019). Os Ministros favoráveis à decisão também buscaram fundamentar seus votos em outras decisões jurisprudenciais que, por sua vez, não afastam, tampouco resolvem, o problema da aplicabilidade da legalidade penal.

> Não cabe qualquer analogia entre a legalidade trabalhista e a penal. A tradição jurídica que deu origem ao princípio da legalidade, que aqui entendemos como norma de direito fundamental com caráter de regra, e cujo papel dentro do sistema jurídico penal é de mandamento nuclear, tem uma construção histórica totalmente alheia ao homônimo trabalhista, como o tem do homônimo tributário, ou administrativo (RUTIS, 2017, p.49).

Assim, a decisão acaba por criar um obscuro espaço jurisprudencial inerente à relativização das limitações em matéria penal ao *ius puniendi* estatal, retrocedendo um caminho de conquistas históricas ligadas à consolidação do Estado democrático de Direito, conforme se analisa a seguir.

## 4 CRÍTICA À DECISÃO EMANADA DO STF

A criminalização da homotransfobia, embora eminentemente necessária, encontra barreiras nas garantias de âmbito penal. Conforme visto, a legalidade é basilar de todo o ordenamento jurídico e, precipuamente, no que se refere a esfera criminal, é o marco jurídico que separa o direito da moral. A fim de trazer à baila uma análise rigorosamente objetiva, o presente estudo tem como ponto de partida o sistema consolidado pelo garantismo penal, o qual consolida critérios de verificabilidade acerca da análise de decisões.

A legalidade e seus respectivos institutos é o que constitui a principal ferramenta de manutenção de direitos e garantias fundamentais, de modo que o Estado não pode comprometê-los. A violação da legalidade acarreta em um caminho de possibilidades de extirpação de uma garantia cara ao indivíduo. A título de exemplo, na Alemanha nazista, uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2° do Código Penal de 1871, dispondo que poderia ser punido aquele que fosse merecedor de punição, utilizando-se como fundamento o "conceito fundamental" de uma lei penal e segundo o sentimento do povo. Não havendo qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato poderia ser punido à base de algum conceito fundamental que melhor se ajuste a lei (FERRAJOLI, 2002, p. 309).

Esta margem de discricionariedade coloca nas mãos do Estado um poder punitivo ilimitado e parcial, possibilita punir quem o interesse punir, da forma como lhe interessa e atribuir como crimes e penas o que melhor lhe convém, acarretando abusos de poder e autoridade.

O Código da República Russa de 1922 introduz, em seu art. 10, a analogia *in malam partem*, dispondo que "em caso de ausência no Código Penal de normas específicas para cada um dos delitos, as penas ou as medidas de defesa social se ajustarão aos artigos do Código Penal que contemplem delitos análogos por sua importância e qualidade". (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

É de extrema necessidade iniciar a discussão com casos como estes, isso porque, ao entender a impossibilidade da criminalização da homotransfobia pela via interpretativa judicial, o que se pretende não é ir contra a criminalização, que é fundamental e urgente, mas sim, deixar claro que é inadmissível a criminalização de condutas por outro meio que não o legal, há um grande perigo na inobservância da reserva legal, por mais nobre que seja a causa, sob risco de nos declinar à períodos obscuros da história que marcaram a humanidade, isto pois, abre margem para outras futuras e diversas criminalizações discricionárias e de cunho subjetivo.

Não se trata, por tanto, de uma posição conservadora, de um formalismo excessivo, ou de um "positivismo jurídico neutro"[4], trata-se da busca

[4] Expressão utilizada por Silva e Bahia (2015, p.179).

de manutenção dos direitos e garantias fundamentais na medida em que o Direito Penal não comporta a criação de novos delitos senão quando respeitada a legalidade em seu sentido amplo e estrito, observando-se as limitações formais e substanciais impostas ao poder punitivo.

> Se uma conduta não se amoldar perfeitamente ao modelo abstrato da ação ou da omissão que a norma penal descreve, não é possível a aplicação da dita norma. Isso se dá porque em Direito Penal é defeso a aplicação das normas para incriminar condutas semelhantes àquelas típicas. Com efeito, o juiz não pode ocupar o papel do legislador para criar um novo tipo penal ou para agravar a punibilidade dos crimes já previstos no ordenamento. Daí conclui-se que somente a lei pode determinar o conteúdo da ação digna de uma pena e de sua consequência jurídica (BRANDÃO, 2010 p.158).

Dadas as considerações, é preciso pensar na análise objetiva a partir do axioma da legalidade. Em sua primeira dimensão, a mera legalidade, ou legalidade em seu sentido amplo, impõe ao *ius puniendi* estatal a observância do devido processo legislativo constitucional. Nessa seara, a Constituição estabelece que compete à União legislar sobre matéria de Direito Penal, nos termos do seu artigo 22, inciso I, formalidade imprescindível à tipificação de crimes e cominação das respectivas penas. Igualmente, o princípio da reserva legal, disposto no artigo 5º, XXXIX dispõe que "não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal", trata-se, assim, de uma fonte formal imediata de Direito Penal.

A segunda dimensão do axioma da legalidade supera o modelo paleopositivista e traz à tona uma segunda limitação: a limitação substancial. É possível existir uma lei vigente, que não necessariamente será válida, o que significa dizer que, para avaliar a validade é preciso respeitar a limitação formal e a limitação substancial, que importa na observância de todas as garantias penais e processuais asseguradas pela Constituição de um Estado democrático de Direito.

A decisão do STF no julgamento da ADO 26, conjuntamente ao Mandado de Injunção – MI número 4733, ao abarcar a homotransfobia no conceito de racismo e criminalizar homotransfobia por meio deste entendimento desrespeita o processo legislativo constitucional e consequentemente acaba viola a separação de poderes, uma vez que usurpa a função de legislar típica do poder legislativo. Rompe, por tanto, com a primeira limitação ao poder de punir: a exigência da lei como condição indispensável à tipificação de crimes e suas penas.

Quando o faz, o judiciário abandona a postura que lhe é inerente, o que corrobora com a sua própria deslegitimação, afasta o modelo cognitivo

imposto pela lei e adota um modelo de justiça político e moral, sendo que, "juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaço para eles. Os juízos de justiça são valores morais ou políticos, em contraposição aos juízos jurídicos" (KELSEN, 2001, p.224).

A decisão também desrespeitou a legalidade em sentido estrito, violando diversas outras garantias dela decorrentes, especialmente a proibição da *analogia in malam partem*, a observância da taxatividade e precipuamente a jurisdicionariedade, "a operacionalidade real do sistema penal seria "legal" se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa do discurso jurídico penal" (ZAFFARONI, 1991, p.21), neste sentido, a legalidade penal exige que o exercício do poder punitivo ocorra nos limites formais e substanciais estabelecidos para a punibilidade.

A legalidade tem papel de mandamento nuclear e possui como características inerentes a *lex praevia, lex certa, lex stricta, lex scripta*. O primeiro de seus *standards*, a determinação de lei prévia, pressupõe a irretroatividade da lei penal que de alguma forma venha a prejudicar o réu, o que evita agravar ou introduzir novas punições *a posteriori*, garantindo também, a manutenção da segurança jurídica.

A determinação de lei certa pressupõe a necessidade de que o legislador defina de forma clara e individualizada a conduta delituosa, do contrário, o princípio da legalidade não estaria hábil a cumprir com seu principal papel, qual seja, o de limitação do poder punitivo estatal, daí advém o princípio da taxatividade no Direito Penal, sem o qual a própria separação de poderes restaria comprometida, permitindo que o judiciário adentre a esfera de poder do legislativo.

Já a determinação de lei estrita preceitua uma forma particular de interpretação da lei penal, o que significa dizer que no Direito penal, diferente de outros ramos do Direito, não se admite a analogia prejudicial ao réu. A determinação de lei escrita, por seu turno, proíbe a fundamentação ou o agravamento da punibilidade por meio do Direito consuetudinário. O descumprimento de qualquer destes preceitos afasta a aplicação da legalidade.

Quanto à taxatividade, a lei número 7.716/89, conhecida como a lei de racismo trata, de forma taxativa, do preconceito e discriminação de "raça, cor, etnia e religião" e não abre margem para o preconceito referente à orientação sexual, à homossexualidade ou à transexualidade, isto significa que outros preconceitos não abarcados pela lei não configuram o delito de racismo, sob pena de grave afronta ao texto legal, aliás, "se há uma excessiva ampliação, a tendência é que outros grupos venham a pleitear o mesmo reconhecimento"

(CABETTE, 2019), o que faz da decisão uma perigosa inovação jurisprudencial de inconstitucionalidade insanável.

Além disso, o papel de mandamento nuclear da legalidade evidencia seu caráter inflexível. A norma de Direito penal fundamental deve ser considerada regra, isso porque, se trata de uma cláusula pétrea da qual não pode haver a mínima intervenção.

> Não cabe ponderar a legalidade penal com o resto do ordenamento constitucional. Não cabe ponderar a legalidade penal com o dever de proteção suficiente da comunidade LGBTQIA, por mais importante que este último seja. A legalidade penal é imponderável, a reserva legal é absoluta. (RUTIS, 2019)

Sobre as regras e os princípios, Alexy explicita que regras e princípios são normas, isso pois, ambos dizem o que deve ser. A distinção está baseada entre duas espécies de normas. Há diversos critérios e teses de distinção entre regras e princípios (normas), dentre os distintos critérios estão a generalidade, enquanto princípios possuem alta generalidade, regras possuem um grau de generalidade menor; o segundo critério seria a determinalidade, fazendo-se uma diferenciação entre normas criadas e normas desenvolvidas, há, ainda, o critério da diferenciação com base nas normas de comportamento e normas de argumentação.

Destes critérios sobrevém três teses, a primeira critica o fato de que a diversidade e os critérios apresentados são extremamente heterogêneos, razão pela qual a diferenciação estaria fadada ao fracasso, a tese propõe, então, a divisão em duas classes conforme suas semelhanças e diferenças. A segunda tese, por sua vez, defende que a diferenciação entre regras e princípios é somente de grau entre as normas, enquanto a última defende uma diferença gradual e qualitativa.

Para o autor alemão, princípios funcionam como mandamentos de otimização, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, por outro lado, as regras são satisfeitas ou não e contém determinações no âmbito fático e juridicamente possível.

Desta forma, diante de um conflito entre regras deve haver uma cláusula de exceção ou a extirpação de uma dessas regras do ordenamento jurídico, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos” (ALEXY, 2008, p.92), sendo assim, ou a norma é válida ou não é, não havendo espaço para gradação de validade.

Diante das considerações, “dentro da distinção estrutural proposta por Alexy, o “princípio” da legalidade tem caráter normativo de regra. Trata-se de um mandamento de definição aplicável na lógica do tudo ou nada” (RUTIS,

2017, p.42), deve, por tanto, ser aplicado na medida exata do seu mandamento, com a necessária rigidez normativa, tratando-se de "um imperativo que não admite desvios nem exceções" (BITENCOURT, 2020, p.71)

No âmbito de discussão acerca da discricionariedade judicial, Ferrajoli entende que a discricionariedade e a democracia são incompatíveis entre si, neste sentido, a inflação legislativa compromete a capacidade reguladora do Direito. Se o espaço de discricionariedade deixada pela lei já é um problema aos olhos do cognitivismo, maior ainda é o problema do desrespeito à lei quando não há qualquer margem de discricionariedade na aplicação do texto legal, como ocorre com o mandamento constitucional acerca da legalidade estrita.

Ferrajoli conclui que "o grau de discricionariedade ou de decisionismo equivale ao grau de ilegitimidade da jurisdição" (FERRAJOLI, 2012, p.249), segundo o jurista, este grau de ilegitimidade representa não somente um defeito, mas o maior preço do estado constitucional de Direito. Entender o problema é, dessa forma, um fator de "saúde institucional", que visa reduzir a arrogância dos titulares dos poderes públicos e a ideia de legitimação absoluta. Dessa forma, o garantismo exige técnicas idôneas para reduzir a ilegitimidade.

> A legitimidade da jurisdição se funda sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente, por sua vez, do grau de taxatividade da linguagem legal, enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz. (FERRAJOLI, 2012, p.53)

A fim de manter a saúde institucional e o grau de legitimidade da jurisdição "deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto" (BOBBIO, 2006, p.136), o Direito não deve ser compreendido como uma ferramenta pessoal e subjetiva de decidir pelo o que convém, mas, sim, de decidir conforme o próprio Direito assim estabelece, afinal, "no direito não há espaço para personalidades geniais com senso de justiça imperioso. Justiça e personalidade são inseparáveis, mas eliminar tudo que for pessoal é da essência do direito" (RADBRUCH, 2010, p.25).

Dessa forma, o Direito e as instituições são mantidos desde que se aspire "proteger a liberdade do cidadão privado contra a arbitrariedade ilimitada do poder do Estado, desde que nos vinculemos à frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a arte estrita de uma interpretação da lei que opera de acordo com princípios científicos" (ROXIN, 2002, p.33, tradução nossa)[5].

[5] "En tanto que aspiremos a proteger la liberdad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto que nos vinculemos a la frase nullum crimen, nulla poena sine

Para chegar à decisão de criminalização da homotransfobia pela via interpretativa, frisa-se, utilizando-se da analogia *in malam partem*, veemente coibida pelo Direito, o poder judiciário, em sua instância máxima, afastou por completo qualquer observância à legalidade e às garantias constitucionais que lhe são inerentes, deixando de lado o cognitivismo e adentrando em um campo subjetivo, não somente colocou em descenso a sua própria legitimidade, mas também a ciência do Direito e as regras a ela impostas.

Assim, nas palavras de Lenio Luiz Streck (2012), é preciso "acabar com essa sanha relativista em *terrae brasilis*", onde tudo é relativizado a fim de atingir o que se pretende, uma prática que afasta a segurança jurídica e permite um poder isolado e absoluto incompatível com a democracia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já explicitado no presente estudo, não se trata de ir contra a criminalização da homotransfobia ou de discutir a valoração do bem jurídico em questão, se trata de defender com força impetuosa a regra mais cara e clara imposta ao monopólio do poder punitivo estatal, qual seja, a legalidade, que em matéria de Direito Penal não comporta relativização.

A legalidade é o instrumento de limitação do poder punitivo que coíbe o uso arbitrário do Direito Penal. A decisão deletéria do Supremo Tribunal Federal coloca em risco não somente a legalidade, mas a separação dos poderes, a ciência do Direito, a democracia, as garantias constitucionais inerentes e acima de tudo, a esfera de liberdade do cidadão, provocando uma espécie de "rachadura" na base do Direito Penal.

A ruptura dessas limitações promove um protagonismo à atividade judicial que marca o subjetivismo e caminha em sentido oposto ao garantismo e a própria democracia. A decisão marca uma inovação jurisprudencial que compreende a tendência de que outros grupos venham a pleitear o mesmo reconhecimento em prejuízo da delimitação do alcance do tipo penal vinculado à lei em sentido estrito.

Deste modo, viola o sistema de garantias – SG que compõem o garantismo penal na medida em que aplica, dentre outros, o instituto da interpretação conforme, em um sistema penal no qual isso é defeso. A punibilidade penal detém instrumentos de repressão e coação próprios, razão pela qual deve manter a taxatividade estrita. Não pode o judiciário, inobstante qualquer que seja sua intenção, ampliar o alcance criminalizador de uma lei para criar

lege, así mantenderá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos".

crimes. A ele compete a jurisdicionariedade, exercendo seu poder nos termos da programação legislativa imposta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 5ª edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte especial: crimes contra a pessoa**. Vol. 2 – 20ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008**. Altera e acresce dispositivos à Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm e define crimes. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Mpv/417.htm Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26**. Dispinível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção 4.733**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf Acesso em 15 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 503.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

KARAM, Maria Lucia. **A pretendida criminalização da homofobia e da transfobia e a destruição das normas garantidoras de direitos humanos fundamentais**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-pretendida-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-e-a-destruicao-das-normas-garantidoras-de-direitos-humanos-fundamentais Acesso em 31 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** *In*: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (orgs.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

RUTIS, Luiz Augusto. **Apenas o Poder Legislativo pode criminalizar a homofobia**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/luiz-rutis-apenas-legislativo-criminalizar-homofobia Acesso em 02 jul.2020.

RUTIS, Luiz Augusto. **A rigidez normativa dos princípios penais em Alexy.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 136, 2017, p. 35-67.

SILVA, Diogo Bacha. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Necessidade De Criminalizar A Homofobia No Brasil: Porvir Democrático E Inclusão Das Minorias**. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/38641/26050 Acesso em: 31 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum: como se prova qualquer tese em Direito**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito Acesso em 29 de jul. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 84, 263-267.

# DISTANCIAMENTO ENTRE ESCOLHER, PRIORIZAR E IMPOR: os Custos dos Direitos na Perspectiva das Despesas Públicas

# DISTANCING BETWEEN CHOOSING, PRIORITIZING AND IMPOSITION: the Costs of Rights from the Perspective of Public Expenditures

Ícaro Moreira Ursine[1]
Gabriella Véo Lopes da Silva[2]

**RESUMO**: A priorização dos direitos constitucionais envolve a discussão dos custos dos direitos, pois todos dependem de despesas para a existência desses direitos, sendo primordial o planejamento estatal para cumprir o Orçamento Público criado através do processo legislativo democrático. A problemática é analisada por meio do método dialético, com natureza descritiva, se inserindo na medida em que os Poderes se impõem sobre as finanças do Estado, sendo objetivo deste artigo evidenciar que os três Poderes, em desarmonia, são responsáveis pela ineficiência na execução do Orçamento Público. Em sede de conclusão, adotada a pesquisa bibliográfica, identificou-se que a distância entre as escolhas constitucionais e a priorização dos direitos é ampliada pelo desrespeito e interferência no Orçamento Público, dificultando o planejamento estatal e as condições de vida de grande parcela da população que anseia pelo desenvolvimento nacional equilibrado e o gradativo e ampliativo exercício dos direitos constitucionais.

[1] Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Direito Público pelo PPGD PUC Minas. Pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: icaroursine@gmail.com

[2] Mestranda do PPGD PUC Minas. Pesquisadora bolsista da CAPES. Assessora de Juíza de Direito no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. E-mail: gabriellavlds@gmail.com

**Palavras-chave:** Despesas públicas. Custos dos direitos. Interferência no Orçamento Público.

**ABSTRACT:** The prioritization of constitutional rights involves discussing the costs of rights, since all depend on expenses for the existence of these rights, and state planning is essential to fulfill the Public Budget created through the democratic legislative process. The problem is analyzed through the dialectic method, with a descriptive nature, inserted as the Powers impose themselves on the State finances, the objective of this article is to show that the three Powers, in disharmony, are responsible for the inefficiency in the execution of the Public budget. In conclusion, after the bibliographic research was adopted, it was identified that the distance between constitutional choices and the prioritization of rights is widened by disrespect and interference in the Public Budget, making it difficult for the state planning and the living conditions of a large portion of the population that yearns for balanced national development and the gradual and expansive exercise of constitutional rights.

**Keywords**: Public expenses. Costs of rights. Public budget interference.

## 1 INTRODUÇÃO

A definição das despesas públicas é assunto político corriqueiro pelo Brasil, já que o Legislativo deve percorrer, todos os anos, metódico processo para elencar as prioridades do seu respectivo Ente federativo em relação às finanças públicas e gastos públicos para a execução dos direitos constitucionais, bens públicos que precisam de dinheiro para acontecerem, se firmarem e gerarem novas expectativas por meio das normas de Orçamento Público.

Tais escolhas estão respaldadas pela Constituição Federal de 1988, sendo necessário definir as prioridades e sua execução pelo Orçamento Público, com sintonia entre o que foi escolhido e o que será priorizado, já que há escassez de recursos que evidencia o conflito entre o exercício máximo (fruição) e a concomitância dos direitos, sob a perspectiva dos custos. A resposta foi fornecida pela Constituição, na medida que disponibiliza a normativa orçamentária e o processo legislativo suficientes para a priorização de direitos e planejamento.

Não obstante a clareza constitucional, as discussões sobre a crescente judicialização dos direitos e, derivado disso, os questionamentos sobre a efetividade do orçamento e limites de cada um dos Poderes tomam corpo no meio acadêmico. Muitas vezes não fica claro se apenas um ou se todos os Poderes contribuem para prejudicar a efetividade plena do orçamento democraticamente construído. Nesse sentido, a problemática que se pretende

examinar é: será possível identificar formas de "imposição" sobre o orçamento dos três Poderes da República? A hipótese preliminar diz que apenas o Judiciário teria responsabilidade pelo desvirtuamento do orçamento, no entanto, a hipótese se mostrou falsa.

Utilizando do método de pesquisa bibliográfico, dialético e descritivo, objetivou-se identificar possíveis fontes de inconformidade entre a conduta dos Poderes com a sistemática do Orçamento Público, sob a perspectiva das despesas públicas e dos custos dos direitos, reunindo informações sobre as atuações dos Poderes, elaborando contraponto crítico e sugerindo saída para o problema. Durante a pesquisa bibliográfica ficou demonstrado que todos os Poderes têm parcela de interferência (e de culpa) que leva ao distanciamento entre as escolhas Constitucionais e a efetivação dos direitos, através da priorização. Executivo, Legislativo e Judiciário revezam entre o descaso (na omissão em cumprir o orçamento, na falta de posicionamento quanto a execução do orçamento e na incoerência decisória) e a preocupação excessiva (na formulação de propostas desconectadas com as verdadeiras pretensões do Governo, engessamento incoerente do orçamento e decisões aditivas fora da rubrica), a ponto de ruir com a programação democrática positivada.

A conclusão sobre o tema assentou-se na compreensão de que a construção normativa orçamentária deve ser seguida como lei e não como possibilidade, sendo limitadora dos Poderes na medida em que não estão autorizados a fugirem do previsto, pois é importante que exista lógica nas decisões (omissivas, impositivas ou jurisdicionais) que possam interferir diretamente sobre o Orçamento Público, sejam elas emanadas por qualquer um deles. Frente ao desenvolvimento do texto, tendo em vista que todos os Poderes corroboram com a ineficiência financeira do Estado, sugeriu-se repensar os limites das competências por meio de norma de sanção para que a prática reiterada de desvirtuamento do orçamento seja coibida.

## 2 ESCOLHAS DE DIREITOS

Sob a égide da Constituição de 1988 (CR/88), o cidadão brasileiro se viu guarnecido da mais ampla lista de direitos e garantias individuais e coletivos da história nacional. Trata-se das primeiras escolhas da população, por meio de seus representantes, em relação aos direitos que iriam basear todo o Ordenamento Jurídico e que demandariam profunda dedicação orçamentária para viabilização dessas opções. Assim, o Estado e a sociedade devem buscar a concretização desses direitos, intimamente ligada à boa Administração Pública, planejamento e controle, baseada em sólida estruturação jurídica. Logo, busca-se compreender quais são essas escolhas e como elas podem ser viabilizadas pelo Orçamento Público.

## 2.1 A Constituição Cidadã e os custos dos direitos sob a perspectiva das despesas públicas

O otimismo advindo do fim do Regime Militar acompanhou as eleições de formação da Assembleia Constituinte em 1986 que resultou no "longo e minucioso documento em que a garantia dos direitos do cidadão era preocupação central", segundo José Murilo de Carvalho (2002, p. 200). No entanto, a estruturação democrática por si só não garantiu a concretização desses direitos, – sendo imprescindível pensar que o desenvolvimento dos direitos é gradativo, dependente de planejamento e orçamento compatíveis com a nova estrutura democrática.

Em sede de escolhas, a CR/88 dedicou à população a maior expectativa de direitos sociais dentre todas as constituições já vigentes no Brasil, principalmente com objetivo de findar com a notória desigualdade social, regional e racial existente no Brasil, a "escandalosa desigualdade que concentra nas mãos de poucos a riqueza nacional [e que] tem como consequência níveis dolorosos de pobreza e miséria" (CARVALHO, 2002, p. 208).

A escolha de direitos na Constituição é extensa e está em constante interpretação ampliativa. Para Muniz e Renault (2013, p. 2), 1988 "foi o ano de muitos sonhos: menos desigualdade, mais justiça social; democracia e liberdade; direitos humanos e direitos fundamentais", todos inclusos na CR/88. A construção (incessante) dos direitos e suas derivações "continuam a sua trajetória tempo além tempo" (MUNIZ; RENAULT, 2013, p. 4) sendo presente a necessidade de participação da população para exigir e prosperar os direitos[3].

Assim, pode-se afirmar que a democratização trouxe nova perspectiva de vida para todos os brasileiros na medida em que a sociedade escolheu e positivou incontáveis direitos no texto da CR/88, historicamente conhecido como a "Constituição Cidadã".

Evidentemente, o Ordenamento Jurídico não poderia deixar de conter regras atinentes ao custeio desses direitos, que derivam da busca por sua implementação e, para alcançar esse objetivo, são realizadas despesas públicas. Stephen Holmes e Cass R. Sustein (2019, p. 23) ensinam categoricamente que todos os direitos são positivos, ou seja, demandam ação (despesa) efetiva do Estado, caso contrário (inação), os direitos não teriam efeito sobre a realidade. Todos os direitos "são bens públicos: serviços

[3] Silva (2005) categoriza os direitos constitucionais, tais como o direito à vida, à privacidade, à integridade, à igualdade, à liberdade, à informação, à participação, à associação, à propriedade, à locomoção e à comunicação, como alguns dos direitos individuais e coletivos; o trabalho, a saúde, a segurança, a previdência, a assistência, a cultura, a moradia, o meio ambiente, como alguns dos direitos sociais; e outros como a nacionalidade e direitos de cidadania como direitos políticos.

sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual". Reiteram os autores que os direitos assegurados (escolhidos) não são apenas proteção do cidadão contra os arbítrios do Estado, são direitos oponíveis contra outros cidadãos, empresas e até estrangeiros, ou seja, direitos que fazem acontecer a sociedade em todos os seus aspectos.

Capta-se dos ensinamentos dos autores Holmes e Sustein (2019), Camargo (2008), Nabais (2015) e Galdino (2002) que os custos dos direitos existem e precisam ser levados em consideração, sejam custos financeiros ou sociais, por todos os Poderes, para que seja possível dar vazão às escolhas constitucionais[4].

Ricardo Antônio Lucas Camargo (2006), dentro da temática dos custos dos direitos, apresenta crítica à infundada separação dos direitos sociais em relação aos demais. Ele compreende que a priorização de direitos é o verdadeiro problema que precisa ser enfrentado, sem perder o foco nas escolhas mais adequadas à sociedade, mesmo que elas não produzam lucros contábeis (monetários). Assim, a opção pelos custos dos direitos não pode se pautar apenas na perspectiva monetarista, mas em critérios que preservem a vida da população (inclusive do seu meio ambiente), mantendo na priorização da alocação de recursos o foco na dignidade da pessoa humana, sob pena de reflexos indesejados (e incontroláveis) na sociedade.

Entender que os direitos estão intimamente ligados aos custos abre espaço para tratar sobre o papel das despesas públicas sob a égide da Constituição da República de 1988. Marcus Abraham (2018) compreende as despesas como "conjunto de gastos realizados pelo Estado no seu funcionamento", recursos públicos (característica econômica), destinados às necessidades coletivas (característica política) e autorizada na lei orçamentária (característica jurídica). Dessa forma, observa-se que o Estado deve depreender recursos, realizar despesas, para favorecer os direitos escolhidos na Constituição, sejam eles conhecidos como liberais ou sociais, para dar viabilidade e concretude aos direitos, bens públicos. Focalizada nesse entendimento, a Constituição da República de 1988, além de fornecer o rol de direitos para a sociedade, construiu complexo sistema orçamentário para custear a proteção fática dos direitos.

[4] Por exemplo, tendo em vista os ensinamentos dos autores, o direito à propriedade privada, tido como negativo, na verdade demanda recursos elevados do Estado ao exigir, dentre outras ações para sua efetivação, a construção jurídica do direito à propriedade, o arcabouço suficiente para regular sua posse e transferência, a estrutura do Direito Penal para punir quem afronta esse direito, presídios para receber os criminosos, delegacias e aparato policial para proteção constante, Corpo de Bombeiros para combater o dano, etc.

## 2.2 Breve exposição da estrutura constitucional do orçamento

Segundo os autores Bernardes e Gontijo (2017, p. 132) a estrutura constitucional para viabilizar financeiramente o Estado tem por finalidade basilar a "garantia do desenvolvimento nacional e mitigação das desigualdades econômico-sociais e regionais". Trata-se do complexo arranjo de competências em que, de maneira federativa, cada Ente tem responsabilidades e fontes de custeio para executá-las. Nesse contexto, a CR/88 elencou formas de custeio das despesas públicas, sendo a principal a tributária, competência ainda não exercida plenamente. No entanto, outras formas de receitas não estão descartadas, tais como lucros advindos de atividades econômicas exercidas diretamente pelo Estado. Dentro do foco de custos e despesas, o artigo 165 estabelece a existência de três principais leis sobre o orçamento: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual (BRASIL, [2020])[5].

Piscitelli (2018) lembra que o orçamento público é guiado por alguns princípios de cunho constitucional: a universalidade, a exclusividade e a programação. Em síntese, significa dizer que a lei do orçamento deverá contemplar todas as despesas públicas, não poderá desviar do assunto financeiro e planejará a destinação das despesas de maneira organizada e previsível. O Plano Plurianual definirá o planejamento das despesas de capital por prazo igual a de um mandato presidencial e terá vigor do segundo ano de governo até o primeiro ano do próximo governo, servindo de parâmetro para a criação das leis de diretrizes orçamentárias subsequentes que viabilizarão sua concretização. A lei orçamentária anual, por sua vez, deverá ser compatível com as duas últimas e conterá todas as despesas que serão realizadas no período do exercício financeiro (um ano). Após a tramitação legislativa, qualquer alteração deverá ser feita por meio de abertura de crédito suplementar ou especial com autorização legislativa, sendo que a realização de despesas fora da lei orçamentária poderá gerar consequências legais.

O estabelecimento de limites orçamentários e de previsibilidade de gastos é inerente ao Estado Democrático de Direito na medida em que suas ações são estruturadas por meio da lei e de princípios positivados como a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, segundo a própria CR/88 no artigo 37. Além disso, segundo Oliveira e Ferreira (2017) o orçamento público está umbilicalmente ligado a consecução dos direitos e garantias escolhidos e constantes na Constituição, sendo obrigação do Estado a concretização de políticas públicas essenciais, recursos aplicados pelos representantes que

[5] Cabe lembrar que, conforme assevera Faria (2016), qualquer função da República disponha das suas pretensões de despesas através das referidas leis, inclusive o Poder Judiciário.

voltam como investimentos sociais e serviços públicos adequados às garantias constitucionais.

A iniciativa do Orçamento é do Poder Executivo, função mais próxima dos clamores da sociedade e com competência técnica para compreender as necessidades de recursos e suas respectivas alocações. Para Harada (2020) os projetos de leis são encaminhados para a comissão mista de senadores e deputados que analisarão as propostas, atualmente, concentrando suas discussões mais nas despesas públicas do que nas receitas. Cumpre ressaltar que os orçamentos das demais funções da República estão aglutinados na proposta do Poder Executivo, cabendo ao Legislativo, ainda, a indicação das emendas parlamentares e, no fim do processo legislativo, o encaminhamento para a apreciação presidencial para possível sanção.

Sampaio (2013, p. 648) identifica como dever do Poder Legislativo "disponibilizar os instrumentos jurídicos e materiais para atualização e efetivação dos direitos". Dentro da lógica de construção orçamentária, somado as considerações do autor sobre os deveres dos Poderes da República, compreende-se que a construção democrática do orçamento perpassa a viabilização das escolhas constitucionais e isso é dever primordial do Legislativo. Outrossim, acrescenta que é dever do Executivo o respeito aos direitos, utilizando a discricionariedade restringida pela lei, trazendo os resultados "mais benéficos possíveis ao pleno gozo dos direitos" (SAMPAIO, 2013, p. 651). Nesse sentido, a proposta de orçamento deve ter como cerne a viabilização de direitos, sob o prisma constitucional, sendo que a submissão dessa proposta ao Legislativo torna visível a obrigação desse Poder verificar e conformar o projeto ao Ordenamento Jurídico, alcançando a proximidade das escolhas e anseios da sociedade no orçamento.

As escolhas dos direitos e garantias constitucionais foram amplas e, dentro da lógica dos custos, de valor econômico elevado. Nessa seara, a CR/88 disponibilizou aos Poderes a forma de viabilizar todos os direitos, sem, no entanto, impor limites expressos sobre os gastos com recursos públicos, até o advento da Emenda Constitucional 95/2016, denominada Teto dos Gastos Públicos, que limitou os gastos da Administração Pública, especialmente despesas em direitos sociais (BRASIL, [2020]). Essa situação é duramente criticada por Clark e Noce (2017, p. 1241), tendo em vista a exclusiva preocupação da referida Emenda com crescimento econômico (e não desenvolvimento) que levará ao "sucateamento da máquina pública, de seus serviços e na inviabilização de direitos individuais e sociais, sem qualquer discussão quanto às receitas originárias e derivadas estatais". A Emenda escancara a celeuma dos custos dos direitos, e atinente a ele, a questão da priorização, sendo imprescindível colocar em pauta essa discussão frente as escolhas da CR/88.

## 3 PRIORIZAÇÃO DE DIREITOS

Como os direitos não são absolutos, não podem ser exercidos ao máximo, sob pena de custarem mais caro do que o próprio bem tutelado, ou mesmo de acabarem os recursos para os outros direitos que têm igual ou maior priorização (da sociedade). Sem perder a perspectiva democrática, pergunta-se: quem pode e como priorizar direitos constitucionais?

### 3.1 Caminhos para a priorização

Como o orçamento é limitado, todos os anos o debate sobre a abrangência do orçamento recebe destaque. No início do ano o Governo promove seus estudos de necessidades e priorizações e, no segundo semestre, o Congresso Nacional interage com as propostas de leis orçamentárias e define, a partir delas, aquilo que será promulgado em lei, positivando o orçamento público e as priorizações advindas do debate sobre ele.

A construção do orçamento público deve ser acessível à população para que a priorização política não seja vista como mera arbitrariedade, mas sim com o devido viés democrático. Durante a criação do Plano Plurianual (PPA), costumeiramente há maior participação da população, tendo em vista sua duração. Neste plano, as maiores obras e investimentos de capital são orquestrados para serem, gradativamente, contemplados. Em estudo sobre a formação do PPA 2016 e do PPA 2020, a Mensagem Presidencial sobre o PPA 2020-2023 enfatizou o "processo inovador de participação social por meio do recebimento de contribuições para ajudar na elaboração do PPA", a referida participação foi viabilizada por meio eletrônico, resultando em 193 propostas de alterações (BRASIL, 2019, p. 23). A Mensagem Presidencial sobre o PPA 2016-2019 esclarece que a construção do PPA foi ampla, com a realização de diversos Fóruns (regionais e setoriais) com representantes de diversas organizações sociais, oportunidade em que mais de 1.000 propostas foram recebidas e analisadas (BRASIL, 2015).

Sobre o PPA 2020, Clark e Ursine (2020) criticam o posicionamento do Executivo (e Legislativo) em relação a elaboração da lei orçamentária que o instituiu: o PPA 2020-2023 é pobre no que tange ao planejamento do Estado, principalmente ao traçar metas rasas e de ampla interpretação (sem assertividade). Ao que parece, os debates nos fóruns (oficinas) para a elaboração da proposta não incluíram os diversos setores da sociedade, restringindo-se a empresários e técnicos. Não obstante a crítica, o PPA apresenta-se (ou apresentava-se) como a lei orçamentária com maior participação direta da população no âmbito da União, forma de estabelecer o caminho plurianual de priorizações e investimentos no Brasil.

Por sua vez, as demais leis orçamentárias recebem grande dedicação técnica do Executivo, a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016) explica que a elaboração da proposta orçamentária feita pelo Executivo começa pela fixação da meta fiscal em conjunto com os estudos e previsões sobre as possíveis arrecadações, inflação, crescimento econômico e outros fatores, diretrizes que serão incluídas na LDO. Segundo a Câmara dos Deputados, o Executivo identifica as despesas obrigatórias para a maior reserva no orçamento e, em seguida, as despesas preferenciais são elencadas, aquelas que sofrerão cortes apenas em situações muito desfavoráveis, restando as despesas discricionárias. O Ministério do Planejamento (atualmente o Ministério da Economia), com auxílio de suas secretarias e dos outros Ministérios, estabelece limites para cada órgão, e os demais Poderes elaboram seus orçamentos que serão encaminhados conjuntamente.

As mencionadas propostas de leis orçamentárias são encaminhadas ao Congresso Nacional e devem (deveriam) ser apreciadas conforme os prazos estabelecidos na CR/88. A Câmara dos Deputados disponibiliza o cronograma de votações dos projetos de leis orçamentárias, indicando as respectivas datas e etapas do processo legislativo[6].

Constata-se que, em tempos de criação do PPA, o Brasil vivencia verdadeiro atropelamento da lógica orçamentária: por exemplo, nos últimos dois anos de aprovação do PPA, 2016 e 2020, a LDO (30/12/2015 e 11/11/2019) foi promulgada antes da aprovação do PPA (13/01/2016 e 27/12/2019) que precede, por poucos dias a LOA (14/01/2016 e 17/01/2020), em problemática dissintonia com o comando de compatibilidade determinado na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). Os dados foram obtidos por meio do Portal da Legislação (BRASIL, [2020b]) mantido pela Presidência da República.

O Orçamento Público é o instrumento de priorização democrático de direitos, ganhando especial relevo após a promulgação da CR/88 que atribuiu ao Legislativo o papel de modificar e aprovar o orçamento, anteriormente restringido apenas a aprovação ou não (BRASIL, 2016). Não obstante o papel fundamental, o Orçamento Público revela o primeiro distanciamento entre as diversas escolhas constitucionais e sua possibilidade de concretude. Tendo

[6] Em 2019, ano de elaboração e aprovação das leis orçamentárias de 2020, o PPA e a LOA previram participação popular através de Audiências Públicas, 14 dias para o PPA e aproximadamente 1 mês para LOA, fora da normalidade, o cronograma atualizado da LDO não fez previsão da realização de Audiências Públicas devido ao atraso na entrega da proposta pelo Poder Executivo (BRASIL, 2019). Tal fato vem ocorrendo repetidamente nos últimos anos, segundo o Senado Federal. (OLIVEIRA, 2019).

em vista os custos dos direitos, o orçamento planejado parece ser a ferramenta eleita pela CR/88 para definir quais direitos serão mais ou menos fomentados por determinado período, incluindo a limitação de abrangência pela restrição orçamentária. Assim, a população tem mais segurança jurídica para saber quais são as prioridades do governo eleito.

O caminho legislativo leva a construção das normas orçamentárias hierarquicamente conectadas à Constituição, portanto, compatíveis (em tese) com as escolhas ali constantes, e sobretudo, criadas e estruturadas para serem cumpridas, dando concretude aos direitos. Cabe relembrar que Kelsen (1998) enfatiza a observância do texto normativo posto. Significa dizer que a segurança jurídica advinda do Ordenamento está no fato de sua concretização e estruturação, sendo a quebra da lógica da aplicação do direito afronta a esse elemento. No caso do orçamento não deveria ser diferente: a norma positivada deve ser cumprida, caso contrário, uma consequência jurídica deveria ser aplicada, o que atrai a reflexão sobre o papel do Executivo e do Judiciário. Se o Executivo tem o papel de dar concretude às normas postas, limitando-se a elas, é dever do Judiciário interpretá-las de maneira adstrita ao texto normativo, levando em consideração a sua função (definir os gastos do Estado) para que sua interpretação não saia da moldura normativa e acabe por desvirtuar o processo de construção do direito. Suplantar o orçamento deveria gerar consequências jurídicas compatíveis com esse desvio.

No mesmo sentido, Bernardes e Miranda (2020, p. 7) relembram que a segurança jurídica precisa ser considerada como ponto substancial para o cidadão: "o Direito não consiste numa coletânea aleatória de normas jurídicas desprovidas de qualquer conexão de sentido, mas sim de um conjunto organizado de normas jurídicas, de onde advém exatamente a necessária coerência ao sistema jurídico". Depreende-se da lógica jurídica que as leis constitucionalmente válidas devem ser cumpridas e que as decisões jurídicas sobre essas leis devem ter coerência com todo o sistema, sendo chave que cada Poder atue dentro da sua competência constitucionalmente determinada. No tocante ao orçamento, é necessário que ele seja cumprido e seguido (sem alterações pontuais incompatíveis com a prévia discussão legislativa), com a finalidade de trazer segurança para aqueles que esperam a concretização de seus direitos confiando ao Estado os recursos necessários para o desenvolvimento nacional e social.

Escolhidos na Constituição e priorizados nas leis orçamentárias, os direitos constitucionais seguem para mais uma etapa antes da sua concretização. O Executivo deverá realizar a arrecadação dos recursos e aplicar, nos limites da lei, as despesas públicas para a consecução dos direitos. Trata-se possivelmente da fase mais difícil, em que os custos dos direitos são sentidos pelas

despesas públicas (dependentes de planejamento) para o desenvolvimento nacional com gradativo e ampliativo gozo dos direitos.

## 3.2 Execução do orçamento público

Ainda que o orçamento público autorize diversas despesas públicas, caberia ao Administrador o dever de gerenciar, planejadamente e por meio de sua discricionariedade, a melhor forma de alocar os recursos, diante de sua escassez.

Segundo o artigo 85 da CR/88, a Administração Pública tem o dever de dar concretude às leis e às decisões judiciais, o que inclui o orçamento público, sendo parâmetro para sua atuação as definições e limites estabelecidos em sede de discussão democrática sobre o assunto (BRASIL, [2020]). Caberia ao Administrador a discricionariedade na aplicação dos recursos, identificando as situações mais oportunas e convenientes para a execução do orçamento. Trata-se não apenas de priorizar um direito, mas alocar os recursos no intuito de executar um dos incontáveis desdobramentos que aquele direito poderia proporcionar a população. Sobre a discricionariedade, Faria (2016) lembra que a escolha do Administrador deverá ser guiada pelo interesse público, sendo limitada ao campo de permissão legal.

Nesse aspecto, sob os ensinamentos de Bernardes (2008, p. 6236) compreende-se que o Administrador tem o dever de adotar conduta responsável, segundo critérios bem definidos para delimitar sua atuação, com gestão responsável para alcançar "crescimento econômico sustentável com o atendimento das demandas sociais". Para o autor, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece parâmetros para a condução equilibrada da atividade do Estado, sendo instrumento para implementação das políticas sociais. Assim, a atuação do Executivo, ainda que discricionária, atenderá aos parâmetros legais de responsabilidade, o que conduzirá a estabilidade econômica, cortando o ciclo de endividamento que enfraquece a República.

O campo de atuação do Executivo está restrito ao orçamento, todavia o Administrador poderia deixar de executá-lo? Dentro da doutrina tradicional, a resposta seria positiva, tendo em vista que o orçamento seria autorizativo: o Administrador teria liberdade para executar ou não aquilo que está previsto no orçamento. Segundo Abraham (2018), autores como Torres e Harada comungam dessa conceituação. No entanto, o advento da CR/88 tem mudado os horizontes em relação ao orçamento: para Abraham a execução do orçamento passa a ter caráter híbrido: mescla a tradicional definição de orçamento autorizativo com imposições de execução.

Em sentido semelhante está o Ministro Fux (2016, p. 45). Ao analisar a jurisprudência sobre o tema, lembra das "novas vozes" sobre o Direito Financeiro que invocam a Separação de Poderes, a legalidade orçamentária e a democracia para tentar "reduzir o incontrastável arbítrio do Poder Executivo em prol da imposição de um dever relativo – e não verdadeiramente absoluto, saliente-se – de observância das normas do orçamento anual". Ou seja: o Executivo estaria obrigado a seguir o orçamento e justificar com "razoabilidade" o descumprimento de rubricas definidas, com intuito de dar concretude a norma financeira. Questiona-se, em adendo, sobre a utilização da "razoabilidade" para que o Executivo possa justificar o descumprimento de parcela da norma, pois a ausência de parâmetro objetivo se mostra tão problemático quanto a permissividade do orçamento autorizativo. Se faz necessário, sobretudo, tratar com coerência e segurança jurídica a norma financeira e, caso necessário, criar parâmetros legais de possibilidades de descumprimento com, inclusive, participação de outro Poder se for o caso[7].

## 4 IMPOSIÇÃO DE DIREITOS

Há interferência de todos os Poderes no orçamento público e o balanceamento entre os poderes da República é colocado à prova na lida democrática, o que mostra como a omissão Executiva em dar vazão ao orçamento alavanca a movimentação dos demais Poderes sob a justificativa de fazerem valer os objetivos constitucionais. Seria impróprio afirmar, *a priori*, que a omissão do Executivo é decorrente da má administração, falta de recursos, dissintonia com a proposta orçamentária ou qualquer outro motivo; no entanto, parte da doutrina converge ao identificar que algo está fora de lugar, seja pela exacerbada interferência entre Poderes, seja pela tentativa de condução unilateral do orçamento pelo Executivo. A possível falta de sintonia entre aquilo que foi escolhido na Constituição, a priorização e a execução do orçamento levam a novas discussões sobre o papel dos demais Poderes frente ao Direito Financeiro, para diminuir o abismo que impede o desenvolvimento dos direitos constitucionais.

[7] A discussão sobre a obrigatoriedade da execução do orçamento é mais um ponto de distanciamento entre a escolha constitucional, a priorização orçamentária e a imposição sobre ele. Nesse sentido, cabe compreender como o Legislativo e o Judiciário estão se impondo sobre o orçamento e, em qual medida, poderia o Executivo desviar da norma financeira.

## 4.1 Imposição executiva

Historicamente o Brasil vivenciou a predominância do Executivo por diversos anos. Para Fernandes (2014), as Constituições brasileiras trataram de forma desbalanceada o equilíbrio entre os Poderes, legando ao Executivo uma maior relevância. Nesse sentido, o Regime Militar mostra a supervalorização do Executivo, com o domínio desse Poder sobre os demais, situação que foi severamente alterada com o advento da CR/88, mudando consideravelmente o equilibro entre os Poderes e, de fato, reduzindo a força do Executivo. Pondera-se, em acréscimo, que a concentração histórica de competências no Executivo corrobora com a análise de um orçamento público submetido aos seus desígnios (tradição sobre o orçamento). A promulgação do novo paradigma traz mudanças na abordagem das finanças públicas, com a finalidade gradativamente admitida de dar mais espaço para a participação dos outros Poderes e, ao mesmo tempo, readequar o Executivo dentro de uma ordem constitucional que não admite participação única na construção e execução das despesas públicas.

Na seara da abstenção do Executivo como imposição unilateral sobre o orçamento democraticamente construído, Mendonça (2013) pondera que não raro o Executivo frustra as deliberações do orçamento com o simples contingenciamento de verba sem expor qualquer motivo, e ressalta que a construção orçamentária se dá por complexo processo democrático e com a participação dos Poderes da República, sendo imperioso refletir que o Executivo não teria a prerrogativa de se abster das despesas públicas planejadas. A decisão de não gastar estaria ligada, assim como a decisão de gastar, ao processo de construção orçamentária e às discussões políticas atinentes a ele. Ainda assevera que os cortes na execução do orçamento estão "indicando uma verdadeira reavaliação de prioridades" (MENDONÇA, 2013, p. 382), principalmente ao cortar programas de áreas já debilitadas no contexto do País. Para o autor, essa espécie de controle indevida sobre o orçamento seria inconstitucional e, dentre outras situações, leva ao maior ativismo do Judiciário, tendo em vista que a inércia causa frustração na expectativa da população sobre o orçamento e traz obstáculos para a consecução de direitos.

No mesmo sentido, Barros e Silva e Bittencourt (2019) alegam que o Executivo não teria a prerrogativa de relativizar ou obstar a execução do orçamento, pois o possível descumprimento deveria ser analisado em conjunto ao Poder correspondente para alteração das normas orçamentárias. Eles discorrem sobre a ausência de norma constitucional que permite ao Administrador a prerrogativa de discricionariedade para esquivar de cumprir o planejamento financeiro com base na doutrina do orçamento autorizativo. Assim, não existiria saída para o Executivo além de cumprir o orçamento em sua integridade;

compreendem que o orçamento impositivo ainda não foi integralmente obedecido (valorizado) no Brasil, mas deveria ser objetivo nacional para dar vazão às prerrogativas democráticas de gestão orçamentária.

A imposição abstencionista do Executivo sobre o orçamento não parece compatível com as normas democráticas, observando a função executiva de concretude das leis e das decisões judiciais. Não obstante seja o Poder responsável pela elaboração técnica do orçamento, a participação derradeira do Legislativo impede sair das priorizações positivadas, ao passo que a abstenção na execução, para alguns autores, demonstra desrespeito à construção orçamentária e ao processo legislativo constitucional empregado para sua promulgação. Dessa forma, consonante com os autores supracitados, compreende-se que a norma democraticamente construída e positivada deve ser respeitada, superando o caráter puramente autorizativo do orçamento, abrindo espaço para o planejamento adequado da Administração Pública e impedindo desvirtuamento do direito financeiro com fins eleitoreiros ou patrimonialistas.

## 4.2 Imposição legislativa

A função legiferante da República tem papel ímpar como instrumento de limitação do Estado: embora submetido aos ditames constitucionais, o Poder Legislativo pode inovar na ordem jurídica ao criar direitos e impor obrigações, segundo Esteves (2003). Gradvohl (2018), nesse contexto, compreende que o Legislativo seria dotado da prerrogativa de escolha sobre o orçamento, sendo decorrente da Ordem Jurídica a impositividade (implícita) da norma financeira. Seu papel preponderante no tocante ao orçamento é planejar o "comportamento" do Estado, sendo o Poder legítimo e plural para discutir o orçamento visando o equilíbrio estatal.

Esvaindo-se do importante papel da discussão do orçamento, alguns autores identificam que a parcela de imposição do Legislativo sobre a construção do orçamento democrático está ligada principalmente às emendas parlamentares obrigatórias. No esvaziamento da ideia de imposição constitucional do orçamento para todos os Poderes, e buscando maior controle sobre o orçamento dentro da perspectiva do orçamento autorizativo, legislou-se no sentido de obrigar o Executivo a cumprir parcela apontada pelos Deputados e Senadores, por meio de duas importantes Emendas Constitucionais, nº 86/2015 e nº 100/2019. Nesse contexto, os parlamentares originaram as denominadas "emendas individuais" e as "emendas de bancadas" de cumprimento obrigatório dentro de certo limite orçamentário.

Santos e Gasparini (2020, p. 382) citam as duas Emendas Constitucionais que podem dizer muito sobre a atuação do Legislativo em relação ao Orçamento

Público. Entendem os autores que a imposição de emendas parlamentares sugere "possível desinteresse do Congresso Nacional em atuar de forma mais presente nas questões orçamentárias", posicionamento oriundo da profunda pesquisa sobre o orçamento público em sua face autorizativa e impositiva realizada pelos autores. O enfrentamento do problema da abstenção do Executivo em relação ao orçamento não foi, em suma, resolvido por essa mudança constitucional. Entendem que o Legislativo não selou os "mecanismos de troca", mantendo incólume a possibilidade de o Executivo oferecer cumprir maior parcela do orçamento em troca de apoio dentro do Congresso, afastando o interesse público da concretização das escolhas constitucionais. Os autores apontam que a Emenda Constitucional nº 100/2019 trouxe a possível indicação de mudanças no paradigma da execução orçamentária, indicando a obrigatoriedade de seguir o orçamento devidamente construído, ao dispor, no §10 do Art. 165 que "a administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade." (BRASIL, [2020]).

Lima e Viana (2016), em sentido semelhante, trabalham a EC nº 86/2015 sob a perspectiva da desarmonia entre os poderes e a possível utilização antidemocrática das emendas parlamentares. Para os autores, as emendas geram trocas de favores entre os Poderes e aguçam práticas clientelistas e patrimonialistas dentro da esfera democrática, dificultando soluções coletivas para os problemas nacionais. As emendas individuais, facilmente identificadas com seu proponente, dariam ao parlamentar maiores condições de reeleição dentro do seu reduto eleitoral guarnecido com os recursos da sua emenda, assegurando assim o desvirtuamento da determinação pública de planejamento coletivo e de construção democrática do orçamento.

Cumpre reforçar que a Emenda Constitucional nº 100/2019 ainda poderá alterar a forma como se vê o orçamento sob a égide da CR/88, findando com a premissa do orçamento autorizativo. No entanto, somente o transcurso do tempo, das decisões judiciais e dos posicionamentos políticos poderão dizer como a norma será interpretada e aplicada, apesar de sua clareza. Ademais, a persistente ausência de regulamentação sobre o orçamento e a não imposição de sanção adequada ao descumprimento parecem ser determinantes para a prevalência do conflito antidemocrático entre os Poderes.

## 4.3 Imposição judiciária

Segundo Fernandes (2014, p. 190) o Judiciário ganha relevante papel com o advento da CR/88, após o período ditatorial que minou sua independência:

o Judiciário se instala como instituição central à democracia brasileira, deixando a posição de "poder periférico", devendo, caso necessário, "assumir seu papel político e concretizar a Constituição". Para ele, as ações do Judiciário de cunho aditivo não violam o princípio da separação de poderes, principalmente pelo Poder ser dotado de especial condição derivada da CR/88 com objetivo de proteger os direitos escolhidos; porém, a proteção dos direitos não pode justificar um "despotismo" judicial.

Durante esta pesquisa, a temática da intervenção do Judiciário se mostrou frequente, especialmente sobre a condução de políticas públicas ligadas a saúde, que abordam a afetação de princípios como o da inafastabilidade do Judiciário e a separação de poderes. Diante dessa problemática, Torres (2013, p. 77) adverte que o Judiciário, sob o argumento da implementação de políticas públicas essenciais, está lançando mão "do sequestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas". Para o autor, o Judiciário deveria dispender esforços nos casos relativos as políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial, não cabendo a judicialização das políticas orçamentárias.

As críticas relacionadas a atuação do Judiciário são diversificadas. Riani (2013), por exemplo, questiona a capacidade técnica do Judiciário para construir e implementar as políticas públicas, mesmo sendo garantidor de direitos subjetivos. Já Jaques (2013) compreende que a intervenção do Judiciário poderá levar a falência do sistema (de saúde), principalmente ao privilegiar interesses individuais em face da organização orçamentária para a coletividade. Por sua vez, Faria (2016) pondera que, mesmo com liberdade para verificar a legalidade e o mérito do ato administrativo, o Judiciário estaria limitado ao orçamento construído, não podendo definir gastos maiores do que os já destinados no orçamento.

Wang (2008), frente às controversas afirmações de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, realizou pesquisa jurisprudencial robusta de verificação do posicionamento do Supremo sobre os direitos da saúde, educação e da intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Após análise dos votos e acórdãos, ficou demonstrado como a preocupação com a escassez de recursos é inexistente quando se trata dos direitos à saúde e educação, individualizando o direito sem ponderar sobre quem será desguarnecido para cobrir tal despesa. Ao mesmo tempo que o Supremo demonstra grande preocupação para cumprir alguns direitos (sociais), afasta a prerrogativa de intervenção da União nos Estados, quando há atrasos no pagamento dos precatórios, sob o argumento de escassez de recursos e custos dos direitos envolvidos. O autor questiona a lógica de justificação para conceder ou negar algum direito, por exemplo, seria possível utilizar a ponderação feita sobre os

impactos financeiros e políticos para negar a intervenção federal em casos de demandas para o fornecimento individual de medicamentos caros? Não seria impróprio ignorar os impactos orçamentários de medidas individuais dentro do próprio direito à saúde para a coletividade? Inexistiria proporcional preocupação do Judiciário em relação aos custos das despesas por ele determinada em face da coletividade, gerando incoerência entre o que é decidido em alguns casos e em outros.

O Judiciário perde, com frequência, a oportunidade de se expressar coerentemente sobre as despesas públicas durante as demandas individuais, principalmente para gerar coerência nas decisões e dar valor ao orçamento construído democraticamente. Não obstante a inafastabilidade do Judiciário em relação a prestação jurisdicional e sua importância construída na CR/88, é preciso acertar as arestas que podem ferir o princípio democrático, gerando a impressão de intervenção indevida do Judiciário na elaboração e na execução das políticas públicas. Cumpre dizer, no entanto, que o Judiciário ativo (que interfere) é sintoma de uma crise de segurança normativa/orçamentária incompatível com o Estado Democrático, o que indica a necessidade de rever as situações que levam a prestação jurisdicional considerada temerária. Se há limitação orçamentária para a Administração Pública, por certo deverá existir preocupação com o direito financeiro nas decisões judiciais, buscando coerência com o orçamento que se mostra cada vez mais impositivo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se desta pesquisa que o distanciamento entre escolha, priorização e imposição sobre as despesas públicas dificulta a concretização dos direitos constitucionalmente elencados. Frente às escolhas da CR/88 é imperioso dar atenção às despesas públicas como ferramenta à serviço da expansão da cidadania que depende da atuação harmônica entre os Poderes. Cientes de que as escolhas constitucionais são executadas no tempo, sendo economicamente inviável usufruir ao máximo de todos os direitos simultaneamente, o Orçamento construído dentro do processo democrático é o caminho de priorização constitucionalmente válido para definir quais direitos, dentre os escolhidos na Constituição, são (serão) mais ou menos favorecidos em determinado espaço de tempo. As despesas públicas receberam tratamento especial e democrático, mas qual o atual problema para a concretização dos direitos escolhidos na CR/88, há culpado pela insuficiência da organização das despesas? Seria possível identificar formas de "imposição" sobre o orçamento dos três Poderes?

Em que pese a definição constitucional do processo de priorização, os Poderes impõem sobre o orçamento um peso que não deveria existir. O

Executivo usa da tradicional corrente do orçamento autorizativo para deixar de realizar despesas públicas em áreas priorizadas no Orçamento Público. O Legislativo admite o uso da circunstancial liberação das emendas parlamentares em troca de apoio ao Executivo. E, não menos importante, o Judiciário se coloca acima dos custos dos direitos e das limitações orçamentárias instigado pela morosidade do cumprimento das normas constitucionais, contudo, sem ajustar os argumentos para favorecer uma posição inequívoca e coerente em todos os casos envolvendo as despesas públicas.

O ciclo vicioso é, sobretudo, prejudicial ao cidadão que espera (ansiosamente) a possibilidade de usufruir dos direitos constitucionalmente previstos. Alguns com mais recursos se socorrem com o Judiciário; outros, acreditando no cumprimento do orçamento, aguardam; todos comungam da insegurança jurídica derivada da intervenção sem parâmetros dos Poderes da República. Os direitos são inúmeros e imensuráveis em sua extensão, o que força a sociedade ao planejamento orçamentário das despesas e receitas públicas; no entanto, sem o comprometimento com o orçamento, a programação constitucional se consolida como inócua e insegura, instaurando lembranças absolutistas sobre a condução do dinheiro público.

Sendo assim, foi possível identificar formas de "imposição" sobre o orçamento dos três tradicionais Poderes da República, afastando a hipótese preliminar sobre a exclusividade do Judiciário na criação de entraves para a constitucional realização das despesas públicas. Pode-se (indutivamente) afirmar que os três poderes contribuem para atrasar a concretude dos objetivos constitucionais, na medida em que há desrespeito sistemático ao Orçamento Público.

Entender o Orçamento Público fora do contexto democrático é dar possibilidade para a insegurança jurídica pela indeterminação das despesas públicas e suas limitações. O desenvolvimento equilibrado, o alcance dos objetivos constitucionais deve ser o foco na execução e preservação do orçamento, sem isso, a imposição dos Poderes manterá o ciclo de desrespeito às priorizações da sociedade. Como lei, o Orçamento Público precisa ser interpretado de maneira coerente, focada e completo em si mesmo. Assim, sob parâmetro da coerência do Ordenamento Jurídico, é translúcido o entendimento que, sem sanção adequada ao descumprimento do orçamento, inclusive pelo Judiciário, a insegurança jurídica derivada dos atos de imposição será constante e periodicamente maior.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. Disponível em: < https://cutt.ly/GgQlpal>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BERNARDES, Flávio Couto. A lei de responsabilidade fiscal como mecanismo de implementação. In: RIBEIRO, D. M. G., et al. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6233-6252. Disponível em: < https://cutt.ly/WgQliZT >. Acesso em: 12 maio 2020.

BERNARDES, Flávio Couto; GONTIJO, Pedro Augusto Costa. Autonomia financeira estatal e princípio da subsidiariedade: democratização da administração financeira no direito comparado. In: MURTA, A. C. D., et al. **Direito tributário e financeiro**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 116-140. Disponível em: < https://cutt.ly/NgQlaAO >. Acesso em: 10 jul. 2020. Anais do VII Encontro Internacional do CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL.

BERNARDES Flávio Couto: MIRANDA, Victor Pimenta de. **Planejamento e Reforma Tributária na sociedade Moderna**. [S.l.]: [s.n.], 2020. No prelo.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: < https://cutt.ly/ngQld73 >. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Portal da Legislação. **Presidência da República**, Brasília, DF: Planalto, [2020b]. Disponível em: < https://cutt.ly/2gQls2E >. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **PPA 2016-2019 Mensagem Presidencial**, Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2015. Disponível em: < https://cutt.ly/NgQlj8Q >. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira - CONOF. **Entenda o orçamento**, Brasília, DF: CONOF, 2016. Disponível em: < https://cutt.ly/LgQlgW4 >. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Orçamento da União. **Camara.leg**, 2019. Disponível em: < https://cutt.ly/BgQlh50 >. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Mensagem presidencial que encaminha o Projeto de Lei do Plano Plurianual 2020-2023 e seus respectivos anexos.** Brasília, DF: ECAP/Ministério da Economia, 2019. Disponível em: < https://cutt.ly/BgQlyub >. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Sobre os denominados custos dos direitos e a reforma do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 189-218, jan-jun 2006. Disponível em: < https://cutt.ly/6gQlrti>. Acesso em: 14 abr. 2020.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **"Custos dos Direitos" e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil - O longo caminho**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CLARK, Giovani; URSINE, Ícaro Moreira. **COVID-19, Planejamento estatal e finanças públicas**. Belo Horizonte: [s.n.], 2020. No prelo.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Análise Histórica da Separação de Poderes na ótica do Poder Judiciário no Brasil. **Revista Científica Direitos Culturais –RDC**, Santo Ângelo, v. 9, n. 18, p. 177-194, maio/ago. 2014. Disponível em: < https://cutt.ly/fgQlqNU >. Acesso em: 20 jun 2020.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; OLIVEIRA, Claudio Ladeira. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Seqüência**, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 183-212, 2017.

FUX, Luiz. Orçamento Público na jurisprudência do STF: A possibilidade de controle judicial, a autonomia constitucional orçamentária e a problemática do orçamento participativo. In: GOMES, M. L.; ABRAHAM, M.; TORRES, H. T (orgs.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2016. p. 464.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, R. L. (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-221.

GASPARINI, Carlos Eduardo; SANTOS, Núbia Cristina Barbosa. Orçamento Impositivo e Relação entre Poderes no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**, Brasília, DF, n. 31, p. 339-396, 2020. Disponível em: < https://cutt.ly/fgQk0MJ >. Acesso em: 16 jul. 2020.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. A norma implícita de orçamento impositivo na concretização de direitos fundamentais sociais. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 77-112, 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela dos direitos humanos em um Estado democrático de Direito: uma análise crítica da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, 2013. Disponível em: < https://cutt.ly/VgQk51V>. Acesso em: 10 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo, *et al.* 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Eduardo Martins de.; VIANA, Priscila Ramos Netto. As relações entre o executivo e o legislativo na elaboração do orçamento brasileiro: considerações sobre a emenda constitucional 86/2015. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, Florianópolis , v. 2, n. 2, p. 199-220, 2016. Disponível em: < https://cutt.ly/egQk4Vf >. Acesso em: 16 jul. 2020.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 18, p. Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva do possível".

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Morte e vida da Constituição. **Revista da F. Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 32, dez. 2013.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 08-30, 2015. Disponível em: < https://cutt.ly/PgQk1V1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovani. A Emenda Constitucional nº 95/2016 e a violação da ideologia constitucionalmente adotada. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 1216-1244, 2017. Disponível em: < https://cutt.ly/IgQITCSAcesso em: 19 jul. 2020.

OLIVEIRA, Guilherme. LDO tem atraso longo pela quinta vez em sete anos. **Agência Senado**, Brasília, DF, 09 out. 2019.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013. Disponível em: < https://cutt.ly/zgQkNdx >. Acesso em: 14 jul. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Fernando Vieiga Barros; BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Entre o mar do "autorizativo" e a pedra do "impositivo das emendas": sobre a possibilidade de resgate institucional do orçamento brasileiro. **Orçamento em Discussão**, Brasília, DF, n. 45, p. 6-35, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Cap. 3, p. 63-78.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul-dez 2008. Disponível em: < https://cutt.ly/GgQkCDB >. Acesso em: 10 abr. 2020.

# ESCOLHAS NO FIM DA VIDA: uma Reflexão sobre o Direito de Morrer na Velhice e o Contexto Pandêmico

# CHOICES AT THE END OF LIFE: a Reflection on the Right to Die in Old Age and the Pandemic Context

Maria Clara Souza Alencar[1]
Ana Carolina Santos[2]

**RESUMO:** O presente estudo aborda a perspectiva do fim da vida e do direito à dignidade ao morrer no contexto da pandemia, sob o recorte social dos idosos. O problema da pesquisa calca-se no seguinte questionamento: como equilibrar o zelo e o cuidado para com idosos, preservando-lhes autonomia e protagonismo nas decisões da própria vida até o fim desta. Diante da questão, aborda-se a posição do idoso na sociedade atual, além de como se dá a manifestação da sua autonomia, focando nas escolhas no fim da vida e em como honrar a trajetória de vida deste idoso. Posteriormente, adentra-se no contexto pandêmico e em como tal situação trouxe mudanças na vida – e consequentemente na autonomia – da parcela mais madura da população. Por fim, estabelece-se uma relação entre a autorregulação do idoso e suas preferências sobre a morte, com a dignidade e o projeto de vida boa de acordo com a construção biográfica ao longo da vida, sob o escopo, ainda, da pandemia do Coronavírus. Para tanto, realizou-se análise bibliográfica como principal ferramenta metodológica. O artigo, portanto, desbrava a temática sensível das escolhas no fim da vida, dentro de um contexto único, prezando

[1] Mestranda em Direito Privado (PUCMinas). Especialista em Direito de Família Aplicado (IEC PUCMinas). Bacharela em Direito (PUCMinas). Membro do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID). Pesquisadora e autora na área do Direito Privado e do Biodireito. Advogada e Consultora jurídica. E-mail: mariaclarasalencar@gmail.com

[2] Graduanda em Direito pela PUCMinas. Monitora de Teoria Geral do Direito e Direito Civil I e II na Faculdade Mineira de Direito (FMD). Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP). E-mail: carolis.souza@hotmail.com.

pelo respeito às escolhas do idoso para que a dignidade e a autodeterminação sejam presentes até o último momento.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Idoso. Morte digna. Pandemia. Vida boa.

**ABSTRACT:** The present study approaches the perspective of the end of life and the right to dignity when dying in the context of the pandemic, under the social perspective of the elderly. The problem of research is based on the following question: how to balance zeal and care for the elderly, preserving autonomy and protagonism in the decisions of life itself until the end of it. In view of the issue, the position of the elderly in today's society is addressed, in addition to how the manifestation of their autonomy takes place, focusing on the choices at the end of life and how to honor the life trajectory of this elderly person. Later, it enters the pandemic context and in how this situation brought changes in life – and consequently in autonomy – of the more mature portion of the population. Finally, a relationship is established between the self-regulation of the elderly and their preferences about death, with dignity and the good life project according to the lifelong biographical construction, under the scope, still, of the Coronavirus pandemic. For this purpose, a bibliographic analysis was performed as the main methodological tool. The article, therefore, explores the sensitive theme of choices at the end of life, within a unique context, valuing respect for the choices of the elderly so that dignity and self-determination are present until the last moment.

**Keywords:** Private autonomy. Elderly. Dignified death. Pandemic. Good life.

## 1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu especial proteção à população idosa, fundada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e nos princípios da solidariedade e da proteção familiar vigentes no âmbito do Direito das Famílias, e marcada, essencialmente, pela edição do Estatuto do Idoso.

Nesse contexto, o referido microssistema buscou proporcionar aos idosos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, lhes assegurando o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, dentre outros, o que é traduzido em uma prioridade absoluta à parcela mais madura da população.

Ocorre que essa proteção especial deve ser analisada à luz da autonomia privada desses indivíduos. Assim, seus direitos devem ser resguardados de forma prioritária ante às relações tidas com o mundo exterior, de modo a lhes garantir a independência nas escolhas da vida, no intuito de propiciar o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

No cenário da sociedade contemporânea marcado pela pandemia do novo Coronavírus, a população idosa é a mais vulnerável. Por essa razão, as famílias buscaram garantir aos seus idosos toda a proteção necessária. Contudo, é tênue o limiar entre as medidas protetivas cautelosas e racionais e o sufocamento e completo rebaixamento desses indivíduos a seres limitados.

Nesse ponto reside a importância da autorregulação dos idosos, a fim de que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico não se torne pressuposto para uma inferiorização, e seus anseios individuais e sociais sejam atendidos com base no respeito e na dignidade que lhes é inerente.

Especial atenção merece o assunto da morte. Com o novo contexto pandêmico, assuntos relacionados ao fim da vida têm ganhado destaque nas pautas familiares. Como respeitar a autodeterminação da pessoa idosa no fim da vida, de maneira compatível com todo o seu histórico de vida, bem como mantendo-o como protagonista de sua própria história?

É importante compreender a morte como etapa e, mais do que isso, como um dos elementos que compõem a percepção de vida boa e digna para cada um. Identificar que a morte digna é um direito de escolha da pessoa idosa, é empoderar e respeitar a velhice como fase natural da vida, e não como causa incapacitante de lucidez.

É por tais motivos que o presente estudo se demonstra pertinente quanto ao contexto pandêmico: conferir proteção ao idoso e, ao mesmo tempo, assegurar sua autonomia, inserindo tal desafio no recorte sensível e delicado que é a morte a as escolhas ao fim da vida que levam até ela.

## 2 O IDOSO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que se deu em um cenário histórico-social marcado pela premente necessidade de garantir direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, a República Federativa do Brasil se assentou no princípio da dignidade da pessoa humana, tido como uma bússola destinada a direcionar o exercício dos direitos sociais e individuais do Estado Democrático de Direito que ora se fundava.

Os reflexos do referido preceito estão presentes em todo o texto constitucional, repercutindo, em especial, no âmbito do Direito das Famílias e, posteriormente, do Biodireito. Desse modo, entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que

> [...] o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e

> livre desenvolvimento da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 124).

Nesse contexto, à família, base da sociedade, foi conferida proteção especial do Estado, sendo assegurada a assistência na pessoa de cada um dos seus integrantes, desde o planejamento familiar, perpassando pela infância, adolescência e juventude, até a velhice.

No que diz respeito aos idosos, "não se discute que com os avanços da biomedicina a expectativa de vida não só no Brasil, mas também no mundo, aumentou." (BOMTEMPO, 2014, p. 641). Em consonância, Taisa Macena Lima e Maria de Fátima Freire de Sá compreendem que

> A complexidade das relações dos idosos, em todas as dimensões, não deixa de ser uma consequência do prolongamento da existência do ser humano. A velhice pode se tornar longa. Em outras palavras, a vida pode não ser tão curta. Se a expectativa de vida vem crescendo a cada pesquisa global do IBGE, a velhice se instala, "oficialmente", aos sessenta anos, temos em média, vinte anos de história pessoal para contar na fase tardia da trajetória humana. (LIMA; SÁ, 2018, p. 8)

Destarte, o artigo 229 da CF/88 foi categórico ao afirmar ser dever dos filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Não apenas, aos idosos foi garantida a participação na comunidade, sendo a família, a sociedade e o Estado incumbidos de lhes ser amparo, "defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (BRASIL, 1988), conforme disposição do artigo 230 da CF/88.

Nesse sentido, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2018) prelecionam que "são muitas as dimensões da vida do idoso que merecem especial proteção: a saúde física e psíquica, o trabalho e a aposentadoria, as relações familiares, as relações consumeristas, para citar apenas as mais pungentes." (LIMA; SÁ, 2018, p. 8).

Inobstante a proteção constitucional destinada à esses sujeitos, que se encontram em um singular momento de suas vidas, a falta de cuidado não apenas da família, como também da sociedade e do próprio Estado fez emergir a necessidade de ser editada uma norma especial que visasse tutelar de forma específica os direitos daqueles com idade igual ou superior a 60 anos. Conforme lição de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2018):

> Se o cuidado com o outro fosse sempre uma manifestação espontânea da pessoa, não seriam necessárias normas jurídica como o

> Estatuto do Idoso. Precisamos de leis que nos lembrem e nos ensinem a lidar com nossos velhos. E quando nos referimos aos "nossos velhos" não pensamos em nossos pais, avós e parentes. Pensamos na crescente população de idosos, ora carentes e doentes, ora saudáveis e ativos. Parece estranho enfatizar a função pedagógica da lei, ao invés de sua força obrigatória? Mas não parece ainda mais estranho instituir deveres jurídicos, cujo conteúdo é o cuidado com nossos velhos? (LIMA; SÁ, 2018, p. 6).

Diante do exposto, cumpre realizar uma breve análise acerca da autonomia conferida à população idosa no âmbito das relações privadas, tendo em vista o microssistema de proteção a ela destinado, o qual foi inaugurado pelo Estatuto do Idoso, aliado às disposições do Código Civil de 2002 e aos mandamentos constitucionais acerca do tema.

## 2.1 A autonomia privada na velhice

O Estatuto do Idoso confere à população idosa todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Nessa linha, seu artigo 8º dispõe ser o envelhecimento "um direito personalíssimo e sua proteção um direito social [...]" (BRASIL, 2003), tendo sido incluído no rol de direitos protetivos à personalidade.

Segundo César Fiúza e André Couto Gama

> [...] a personalidade é composta de atributos, como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psique, a dignidade, etc. [...] O que se chama de direitos de personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando à proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome, a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais. (FIÚZA; GAMA, 2007, p. 14)

Nessa linha, a referida norma também assegurou aos indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos o direito à liberdade, ao respeito, à dignidade, à vida, à saúde, de modo a lhes proporcionar uma ampla proteção que abrangeu todas as facetas de direitos previstos no texto constitucional, a saber, direitos individuais, civis, sociais e políticos.

Para Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá (2018), "esse novo olhar para a pessoa, enquanto ser concreto, remete-nos a uma

compreensão mais ampla da velhice e suas vicissitudes [...].” (LIMA; SÁ, 2018, p. 8). Desse modo, é premente a necessidade de se realizar um cotejo entre o princípio da prioridade absoluta preconizado pelo Estatuto do Idoso e a autonomia privada na velhice.

Na seara do Direito Privado, a autonomia pode ser entendida como a liberdade atribuída ao indivíduo de criar relações jurídicas, inclusive no que diz respeito ao seu conteúdo. Ocorre que “a autonomia privada, sob esse prisma, não é absoluta. Tem de ser conciliada ao direito de outras pessoas e com valores essenciais do Estado, como a igualdade e a solidariedade e a segurança.” (DINIZ, 2007, p. 104).

Assim, o caráter eminentemente protetivo da supramencionada norma infraconstitucional deve ser compreendido no sentido de atribuir à pessoa idosa uma posição prioritária em suas relações com o mundo que a cerca, pois apenas dessa maneira sua autonomia privada poderá ser concretizada.

Ou seja, o Estatuto do Idoso, inobstante o seu caráter eminentemente protetivo, confere à pessoa idosa o arbítrio de decidir o que melhor convém para si, propiciando o pleno desenvolvimento de sua personalidade em um momento tão peculiar da vida.

## 3 O CONTEXTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E OS REFLEXOS NA PARCELA IDOSA DA POPULAÇÃO

Em meio à pandemia do novo Coronavírus, pesquisas evidenciam que a população idosa é a mais vulnerável, em função das taxas de mortalidade apresentadas em adultos maiores de 60 anos, principalmente aqueles portadores de doenças crônicas (HAMMERSCHMIDT; BONATELLI; CARVALHO, 2020, s.p.). É inquestionável o fato de que a pandemia gerada pelo COVID-19 é um dos maiores desafios em saúde pública no mundo contemporâneo.

Importante salientar que, mesmo com o contexto pandêmico em cena, a população idosa continua com seus anseios individuais e sociais. Os indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos em distanciamento social podem sofrer com limitações que ultrapassem os níveis de zelo e cuidado com a saúde física, invadindo a seara mental e psicológica:

> Nesse contexto, na gerontologia, as correntes ideológicas historicamente estimularam a autonomia e a independência dos idosos, visando o envelhecimento bem-sucedido. Isso motivou o desenvolvimento de diversas teorias sociais e psicológicas, focando-as como protagonistas do próprio processo de envelhecimento. Sob esse entendimento, o mundo investiu em políticas públicas e diretrizes para envelhecer

> de forma ativa, proativa e funcional. (HAMMERSCHMIDT; BONATELLI; CARVALHO, 2020, s.p.)[3]

Com a pandemia, as famílias se preocuparam – com a devida razão – em proteger seus entes mais maduros, uma vez que os riscos maiores se dão exatamente na parcela de idade mais avançada. Todavia, o limiar entre a proteção cautelosa e racional e o sufocamento e completo rebaixamento do idoso a um ser dependente e limitado, é sutil.

É em tal sentido que se defende a autonomia privada dos idosos, principalmente em tempos de pandemia. Gordilho et. al. (2000) defende a capacidade funcional do idoso, que é aquela capaz "de manter as habilidades físicas e mentais necessárias a uma vida independente e autônoma." (GORDILHO et al, 2000, p. 20)

Desse modo, deve-se buscar harmonizar a proteção que lhes é amplamente conferida pelo ordenamento jurídico com seus anseios pessoais, a fim de que exerçam o seu envelhecimento de forma ativa:

> Envelhecimento ativo é o processo de otimização de oportunidades de saúde, participação e segurança [...] Permite que as pessoas [...] participem da sociedade de acordo com suas necessidades, desejos e capacidades; ao mesmo tempo, propicia proteção, segurança e cuidados adequados, quando necessários (WORLD HEALTH ORGANIZATION, p. 13)

Assim, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, será possível compreender e respeitar as escolhas da parcela mais madura da população, em um momento tão delicado e desafiador como a pandemia do novo Coronavírus vivenciado pela sociedade contemporânea.

## 3.1 Preferências no fim da vida e o que mudou com a pandemia

Uma notícia amplamente veiculada divulgou a tocante decisão de uma senhora belga de noventa anos que cedeu um ventilador para paciente mais jovem, com a fala de que já havia vivido uma boa vida[4].

---

[3] Tradução livre de: "In this context, in gerontology, ideological currents historically stimulated the autonomy and independence of the older adults, aiming at successful aging. This motivated the development of several social and psychological theories, focusing on them as protagonists of the aging process itself. Under this understanding, the world invested in public policies and guidelines to age actively, proactively, and functionally."

[4] Notícia amplamente divulgada em sítios eletrônicos comuns, como: https://extra.globo.com/noticias/mundo/idosa-de-90-anos-com-coronavirus-abre-mao-de-respirador-eu-ja-tive-uma-vida-boa-24341874.html, acesso em 14 de setembro de 2020.

O fato é que a decisão da idosa gerou comoção e, perigosamente, a ideia de que as pessoas maduras, que já viveram o ciclo da vida e tiveram uma boa vida, poderiam – ou deveriam – ceder os cuidados para pacientes mais jovens[5]. Tal pensamento, além de discriminatório em virtude da idade e de possíveis comorbidades, gera um sentimento de culpa na parcela idosa, como se o uso de equipamentos e medicamentos para com eles fosse um "desperdício".

Evidentemente não há como julgar a altruísta escolha da idosa belga. Todavia, é um erro esperar que mais idosos decidam de tal maneira, pois se trata de uma questão complexa: ao mesmo tempo garantir autonomia suficiente ao idoso para decidir suas próprias alternativas no fim da vida – ainda mais em um contexto de crise sanitária global -, mas também não incitar que idosos se sintam culpabilizados pelos cuidados médicos.

É importante levar em consideração o que o idoso compreende como morte digna e quais são as alternativas que levam a tal dignidade. Um exemplo é assegurar por escrito tais decisões, como ocorre com as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). Luciana Dadalto, Unaí Tupinambás e Dirceu Bartolomeu Greco indicam que "As diretivas antecipadas de vontade (DAV) constituem um gênero de manifestação de vontade para tratamento médico, do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro." (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 464)

Segundo os autores, as DAV funcionam como ferramenta de realização da autonomia da pessoa: "Como as DAV são instrumento de autodeterminação do paciente é imperioso que no intuito de nortear as decisões da equipe médica e do procurador nomeado estejam claros quais valores fundam a vida do paciente e quais são os seus desejos." (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 2013, p. 465)

No que tange ao recorte temporal da pandemia do Coronavírus, Luciana Dadalto (2020), indica que

> [...] o número de Diretivas Antecipadas de Vontade, em suas diversas espécies relacionadas ao fim de vida, aumentou com a pandemia, assim como o planejamento de cuidados. A pesquisa foi realizada na base pública de dados OurCareWishes.org e evidenciou um grande aumento maior do que 400% no número de novos documentos. (DADALTO, 2020, s.p.)

[5] Tal posicionamento pode, inclusive, incitar protocolos discriminatórios, conforme será abordado no tópico seguinte.

Nesse sentido, demonstra-se que, com o risco iminente de contaminação e de fim da vida de maneira abrupta, aumentou o número de documentos que versam sobre a dignidade no fim da vida, utilizando de tais instrumentos emancipatórios que garantem a autonomia da pessoa e suas escolhas enquanto protagonista de sua biografia, ainda que em momentos de fragilidade ou inconsciência.

Na pesquisa obtida pela referida base de dados públicos OurCareWishes.org, foi constatada uma alteração nas preferências dos pacientes acometidos pelo novo Coronavírus:

> Aumentou o número de pedidos para ser cuidado em casa e estar alerta para falar com familiares. Diminuiu o número de pedidos de suporte artificial de hidratação, de internação em UTI, de presença física dos familiares e de líder espiritual. Além disso, houve um aumento da relação entre suporte artificial de vida, inclusive respirador artificial e a impressão dos pacientes sobre qualidade do morrer. (DADALTO, 2020, s.p.)

É possível inferir, então, que no cenário marcado pela pandemia do COVID-19, as preferências de cuidado para o fim da vida "mostram claramente o receio do uso de meio artificiais de suporte de vida, notadamente o respirador artificial e a necessidade dos pacientes em manter contato, ainda que virtual, com sua família". (DADALTO, 2020, s. p.)

Assim, a crise sanitária mundial oriunda do novo Coronavírus propiciou uma reflexão dos indivíduos quanto à sua finitude, o que refletiu diretamente em um exercício da autonomia da vontade voltado para a qualidade no momento do morrer.

## 4 O DIREITO À MORTE DIGNA COMO AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA IDOSA

Tratar sobre a temática da morte é desafiador, por perpassar por assunto tão delicado e, de certa forma, encarado como tabu. A morte possui viés subjetivo, moral e, muitas vezes religioso. É por tais motivos que tratar a morte pela perspectiva de dignidade, amiúde, traz conceitos nebulosos, que consideram que a morte digna é aquela que não carrega sofrimento.

Contudo, sob uma perspectiva bioética, a morte digna é aquela que respeita a autonomia privada do ser.

Nesse sentido, compreender que a autodeterminação de cada um e o projeto de vida boa é individual e particular, pode assustar aqueles que compreendem a morte como um assunto "proibido". Diogo Moureira (2016) indica

que: Não se pode compreender, de antemão, o que a morte significa para as pessoas. Alguns preferem morrer a viver permanentemente sedados ou incapazes; outros gostariam de continuar lutando, a despeito da dor ou da inconsciência." (MOUREIRA, 2016, p. 210)

Desse modo, tratar a morte como um assunto natural e, sobretudo, pautado pelo respeito às escolhas autônomas de cada pessoa, é conferir ao ser dignidade e garantir liberdade existencial. Destarte, o pensamento está em consonância com o defendido por Maria de Fátima Freire de Sá et al, conforme se vê:

> A sociedade hodierna é composta por pessoas e grupos com pensamentos e anseios distintos. Na democracia, para a coexistência harmônica, é necessária a garantia de liberdades fundamentais em igual medida, de forma que uns reconheçam o modo de vida dos outros, ainda que não seja o que escolheram para si. (SÁ; NAVES; MOUREIRA; SOUZA, 2018, p. 608)

Diante do exposto, ressalta-se o conceito de dignidade da pessoa humana inserido no recorte da terminalidade da vida: na verdade, para compreender a dignidade na morte, é preciso, antes, compreender o que é a vida digna. Evidentemente, a experiência de vida com dignidade influencia diretamente no escopo do que leva à morte, pois consideram-se aspectos diversos que compõem a vida, que, quando inexistentes, afastam o sentido individual de vida boa. Aléssio Rosa (2016) indica que "a vida que cada indivíduo busca, "a vida boa", será alcançada quando o indivíduo conseguir estabelecer uma hierarquia de valores para a sua vida em sintonia com os bens e valores estabelecidos por sua comunidade." (ROSA, 2016, p. 3)

Na velhice fica ainda mais evidente a delicadeza do fim da vida. É difícil a tarefa da família de, ao mesmo tempo amparar e ser a segurança do idoso – que pela própria condição da velhice se encontra em maior vulnerabilidade – e, ao mesmo tempo, não pecar pela infantilização deste.

Todavia, é preciso recordar que a velhice não acontece simplesmente, ela é uma construção de vivências e a culminação de um ciclo vivido (ALENCAR; GOIATÁ, 2020, p. 249). Ademais, trazer o idoso como o protagonista da sua escolha no fim da vida, é primordial para manter a coerência com toda a sua construção biográfica:

> Pensa-se, pois, na situação de alguém, na casa dos trinta anos de idade, que goza de saúde física e dos plenos exercícios da sua capacidade e que, de repente, passa a ser considerado um incapaz por algum motivo do acaso e que deve, então, ter sua vida ditada pelos parentes nos mínimos detalhes, como onde morar, o que comer,

> como gastar o dinheiro. Parece inimaginável, uma grande intromissão na vida privada dessa pessoa. Com os idosos é exatamente isso que ocorre, com a diferença que o "motivo do acaso" é a idade. Com a idade, semelha-se que a pessoa perde a capacidade e a lucidez, não devendo mais ser considerada capaz de decidir seus próprios atos. (ALENCAR; GOIATÁ, 2020, p. 249)

Garantir ao idoso o exercício pleno de sua autonomia privada, diante da potencial finitude, é assegurar que as rédeas da sua história permaneçam em suas mãos, para que o *seu* conceito de vida digna prevaleça.

No contexto pandêmico, a situação se agrava: é possível perceber uma prevalência de recursos para pessoas mais jovens, do que para idosos. Evidentemente a situação pandêmica – assim como de outras crises – é muito dura e os recursos são, de fato, escassos. Todavia, considerar que decisões de triagens para alocação de tais recursos podem ser feitas com base em expectativa de viver o ciclo de vida completo, demonstram que se ignora tanto a dignidade em vida, quanto a morte digna.

É o que se vê, por exemplo, no "Artigo Especial" da Publicação Oficial do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein, no qual existem valores, critérios e protocolos de triagem e alocação de recursos no contexto da pandemia do Coronavírus:

> Os demais valores fundamentais a serem considerados na construção dos protocolos são:
>
> [...]
>
> 2. Maximização dos benefícios globais na alocação e na utilização de recursos, considerando:
>
> [...]
>
> iii. O "direito" de se viver o ciclo completo da vida; [...] (SATOMI et al, 2020, p. 2)

É nítido que, de acordo com tal critério, no contexto pandêmico alguns protocolos e instituições não priorizam o idoso, com base no fato de este "já ter vivido o ciclo de vida completo". Tal situação não somente é discriminatória, como também tira a dignidade de vida e de escolha da morte da pessoa idosa, uma vez que sua autonomia privada lhe é negada.

Pensando exatamente em garantir que a autonomia do idoso se mantenha ainda no momento de finitude da vida, deverá

> [...] a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da pessoalidade, ela deve ser levada em consideração não como

> afronta ao direito à vida, mas como realização de um projeto de vida-boa de um destinatário ou coautor do Direito que busca a realização de sua própria individualidade. (MOUREIRA, 2016, p. 211)

Nesse sentido, conforme ver-se-á em tópico infra, as escolhas no fim da vida – no presente recorte, na velhice – fazem parte da construção da pessoa e compõem a construção de todas as demais decisões tomadas até o momento.

## 4.1 Autonomia privada e dignidade da pessoa humana: as escolhas no fim da vida como parte da construção biográfica do idoso no contexto da pandemia do Coronavírus

Conforme supra exposto, lutar pela manutenção da autonomia privada do idoso é tarefa de toda a família e demais conviventes, como forma de dignificar a vida – e também a morte – na velhice.

A autonomia privada e a possibilidade de se autorregular é forma essencial de assegurar que a pessoa idosa continue como protagonista de sua história, bem como protege seus direitos da personalidade. Sobre o assunto, Diogo Luna Moureira (2016) indica que:

> Assumir a pessoa como uma realidade dialógica implica em reinterpretar vários conceitos apropriados pelo Direito, a começar pelo que se compreende por "autonomia" e suas dimensões construtivas. Em um contexto dialético de convivência, no qual as pessoas devem ter a liberdade para se auto constituir e, em consequência, atribuir conteúdo ao que se denomina "vida boa", não há espaço para pensar em autonomia como obediência ou autogoverno, nem predeterminar uma concepção universal de "vida boa". (MOUREIRA, 2016, p. 197)

Evidentemente, como supra explanado, debater abertamente sobre a morte ainda é delicado. No contexto pandêmico, tal tabu se mostrou ainda mais alarmante – como visto alhures no sentido de se utilizar critérios pouco objetivos para alocação de recursos escassos.

Todavia, algo interessante foi divulgado, no que tange às preferências no fim da vida. Estudo[6] publicado sobre documentos de manifestação de vontade

[6] Para acessar o estudo, sugere-se a leitura integral em: AURIEMMA, Catherine; HALPERN, Scott; ASCH, Jeremy; et al. Completion of Advance Directives and Documented Care Preferences During the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic. In: **JAMA Netw Open.** 2020. Disponível em <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2768372>, acesso em 10 de setembro de 2020.

durante a pandemia, com foco nas escolhas de cuidado para o fim de vida indicou que

> Aumentou o número de pedidos para ser cuidado em casa e estar alerta para falar com familiares. Diminuiu o número de pedidos de suporte artificial de hidratação, de internação em UTI, de presença física dos familiares e de líder espiritual. Além disso, houve um aumento da relação entre suporte artificial de vida, inclusive respirador artificial e a impressão dos pacientes sobre qualidade do morrer. (DADALTO, 2020, s.p.)

Consoante às conclusões apontadas, é possível fazer relação com a dignidade para morrer. Muitas vezes, o que realmente importa no final, é a escolha de estar cercado pelos entes amados, de morrer naturalmente e de fazer o ritual da despedida, o *dying role* - que são, basicamente, pequenos rituais de despedida: encontrar amigos, aproximar da família, conectar com Deus, dar conselhos. Esse momento, por vezes, é negado, pela maneira dura e dolorosa que se encara o fim da vida (GAWANDE, 2015, s.p.).

Em momentos de crise de saúde mundial, como é o caso da pandemia do Coronavírus, a vida se mostra algo muito frágil e é evidente como os processos de despedida se revelam importantes pontos de fechamento de histórias e de famílias. É o chamado direito de dizer adeus, como abordado por Maria de Fátima Freire de Sá, Iara Antunes Souza e Bruno Naves (2020), em diálogo sobre o Coronavírus: "[...] nós estamos em tempos de pandemia, em que direitos individuais acabam sofrendo limitações nessa seara para garantir essa ideia de manutenção de uma saúde pública." (SÁ; NAVES; SOUZA, 2020, s. p.).

É tão emblemática essa questão do ritual de despedida, que uma notícia se espalhou pelo mundo: Jirad Al-Suwaiti escalou a parede até a janela do quarto para se despedir de sua mãe, Rasmi Suwaiti, na Palestina.[7]

É por tal motivo que não admira que tenha havido, no período em questão, um crescimento de pedidos para cuidados em âmbito doméstico, bem como a crescente preocupação com a qualidade do morrer.

Nesse sentido, lutar pela manutenção da autonomia do idoso em determinar as preferências de vida, ainda que no momento final dessa jornada, é um ato de empatia, respeito e, sobretudo, dignidade: "Talvez, permitir que o idoso determine o fim de sua pessoalidade seja fazer com que ele realize,

[7] Notícia amplamente divulgada em grande mídia, como pode ser acessada pelo link: https://catracalivre.com.br/cidadania/filho-escala-parede-de-hospital-para-se-despedir-da-mae-com-covid-19/

ao final da sua existência, suas configurações enquanto autor de sua própria história." (LIMA; SÁ, 2018, p. 85).

## 5 CONCLUSÃO

É evidente que a pandemia do Coronavírus acelerou processos – é o que situações extremas costumam fazer, sejam guerras, catástrofes naturais, pandemias, golpes etc. Não seria diferente, logo, que houvesse maior urgência para se tratar de assuntos comumente evitados, como a morte e as escolhas ao fim da vida.

Vivenciar alguma situação de finitude da vida ou de iminência de tal fim é, de fato, transformador e tratar essa questão com naturalidade é algo disruptivo. Sob o recorte da velhice, é ainda mais desafiador.

Conforme exposto, é tênue e, por vezes, interseccional a linha que perpassa entre preservar a autonomia e o protagonismo do idoso e o zelo para com ele em tempos críticos de decisões duras – como a pandemia do Coronavírus.

É preciso, pois, ressignificar o fim da vida, como uma etapa natural e que, assim como as demais, cabe ao idoso escolher aquilo que melhor se amolda à sua construção biográfica. Compreender a dignidade para o morrer é, ao mesmo tempo, compreender a dignidade da pessoa para o viver, de acordo com as expectativas de cada um com parâmetros de uma vida boa.

O aumento de iniciativas como Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) e a valorização dos processos de fim – como os rituais de *dying role* – demonstram como pequenas mudanças ao encarar o sutil e nada fácil assunto da morte podem ser cruciais para a dignidade da pessoa, ainda mais da pessoa idosa e, além, no contexto pandêmico.

Desse modo, é primordial que seja concretizada a plena autonomia da parcela mais madura da população, de modo que exerça os seus direitos, em especial os que dizem respeito às preferências do fim da vida, de forma prioritária e consciente, como protagonistas até o último suspiro.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Maria Clara Souza; GOIATÁ, Sarah Rêgo. Autonomia privada na velhice e a infantilização do idoso: o papel do médico na seara do termo de consentimento livre e esclarecido. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de [et al] (orgs), **Biodireito: diálogos entre liberdades e responsabilidades**. Conhecimento Editora, 2020, p. 239-259.

AURIEMMA, Catherine; HALPERN, Scott; ASCH, Jeremy; et al. Completion of Advance Directives and Documented Care Preferences During the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic. In: **JAMA Netw Open**. 2020. Disponível em < https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2768372>, acesso em 10 de setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário oficial [da] União, 5 out. 1988. Brasília, DF: 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** Diário oficial [da] União, 11 jan. 2002. Brasília, DF: 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.471, de 1º de outubro de 2003**. Diário oficial [da] União, 3 out. 2003. Brasília, DF: 2003a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 13 set. 2020

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revistando o estatuto do idoso na perspectiva do estado democrático de direito. In: **Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento**. Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 639-653, 2014.

DADALTO, Luciana. **Preferências no fim da vida: o que mudou com a pandemia?** Disponível em: < https://www.instagram.com/p/CC60xiXIrSJ/>. Acesso em: 10 set. 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unaí; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **In: Rev. bioét. (Impr.).** 2013; 21 (3): 463-76. Disponível em: <scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>, acesso em 14 de setembro de 2020.

DINIZ, Fernanda Paula. **A interpretação constitucional dos direitos dos idosos no código civil**. 2007. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIÚZA, César; GAMA, André Couto e. Teoria geral dos direitos da personalidade. In: FIÚZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2007, p. 09-29.

LIMA, Taisa Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaios sobre a velhice**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

GAWANDE, Atul. **Mortais: nós, a medicina e o que realmente importa no final** [recurso eletrônico] / Atul Gawande; tradução Renata Telles. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GORDILHO A, Sérgio J, SILVESTRE J, RAMOS LR, FREIRE MPA, ESPINDOLA E, et al. **Desafios a serem enfrentados no terceiro milênio pelo setor saúde na atenção integral ao idoso.** Rio de Janeiro: UnATI/UERJ; 2000

HAMMERSCHMIDT, Karina Silveira de Almeida; BONATELLI, Lisiane Capanema Silva; CARVALHO, Anderson Abreu de. THE PATH OF HOPE IN RELATIONSHIPS INVOLVING OLDER ADULTS: THE PERSPECTIVE FROM THE COMPLEXITY OF THE COVID-19 PANDEMIC. **Texto contexto - enferm., Florianópolis, v. 29,** e20200132, 2020. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072020000100209&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Sept. 2020. Epub Sep 07, 2020. http://dx.doi.org/10.1590/1980-265x-tce-2020-0132.

MOUREIRA, Diogo Luna. A morte como expressão da autonomia no contexto do Direito contemporâneo. In: **REVISTA M.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 194-212, jan./jun. 2016.

ROSA, A. DA. A Ética das Virtudes de Alasdair MacIntyre: implicações para a moralidade contemporânea. **Intuitio**, v. 9, n. 2, p. 33-45, 20 dez. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. *In* LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.) **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2017, p. 1-10.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. MOUREIRA, Diogo Luna. SOUZA, Iara Antunes de. **Novas famílias e reprodução assistida** in Medicina reprodutiva SBRH/ Editores/organizadores João Pedro Junqueira Caetano, Ricardo Mello Marinho, Alvaro Petracco, Joaquim Roberto Costa Lopes e Rui Alberto Ferriani. – São Paulo: Segmento Farma: SBRH, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SOUZA, Iara Antunes de. **Diálogo 2 - Coronavírus: Direito de Dizer Adeus.** Participantes: @mariadefatimafreiredesa @btonaves @souza_iara_antunes. Disponível em <https://ufop.br/noticias/coronavirus/direito-de-dizer-adeus-e-tema-do-segundo-video-da-serie-dialogos>, acesso em 10 de setembro de 2020.

SATOMI E, SOUZA PM, THOMÉ BC, REINGENHEIM C, WEREBE E, TROSTER EJ, et al. **Alocação justa de recursos de saúde escassos diante da pandemia de COVID-19: considerações éticas.** einstein (São Paulo). 2020

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Tradução Suzana Gontijo. Brasília, 2005. Disponível em: < https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf >. Acesso em: 19 set. 2020.

# INDÍGENAS E QUILOMBOLAS: a Luta pela Garantia de Direitos durante a Pandemia da Covid-19, as Omissões do Governo Brasileiro e as Consequências Internacionais

# INDIGENOUS AND QUILOMBOLAS: the Struggle to Guarantee Rights During the Covid-19 Pandemic, the Omissions of the Brazilian Government and the International Consequences

Aline dos Reis Soares[1]
Luena Abigail Pimenta Ricardo[2]

**RESUMO:** Nossa pesquisa visou privilegiar a análise da realidade de povos tradicionais brasileiros no combate à pandemia da Covid-19 e a resposta do governo brasileiro na proteção de indígenas e quilombolas. Iniciamos com breve retomada histórica da evolução dos direitos indígenas e quilombolas no Brasil. Seguimos apresentando a grave crise de saúde envolvendo estas comunidades tradicionais, identificando as políticas públicas, providências legislativas e interferências de órgãos governamentais mediante a crise. Realizamos cuidadosa análise dos efeitos destas medidas e destacamos a Arguição de Incumprimento de Preceito Fundamental enviada para o STF pela CONAQ (Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas). Finalmente, apresentamos como o Brasil poderia ser responsabilizado internacionalmente, com enfoque na Organização dos Estados

[1] Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bolsista do Prouni. E-mail: aline.reisoares@gmail.com

[2] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestranda em Negócios e Cultura Diplomática pela Furtwangen University (Alemanha). E-mail: luenaricardo@aol.com.

Americanos (OEA) e seus sistemas de proteção de Direitos Humanos, que acompanhou a sensível situação destes povos no país.

**Palavras-chave:** Covid-19. Povos Tradicionais. Responsabilidade Estatal.

**ABSTRACT:** Our research aimed to privilege the analysis of the reality of traditional Brazilian peoples in combating the Covid-19 pandemic and Brazilian government's response to protection of indigenous and quilombolas. We started the study by making a brief historical review of the evolution of indigenous and quilombolas rights in Brazil. We presented the severe health crisis involving these traditional communities, identifying public policies, legislative measures, and government agencies' interferences through the emergency. We carried out a careful analysis of these measures' effects, and we highlight the Statement of Non-Compliance with the Fundamental Precept sent to the STF by CONAQ. Finally, we presented how Brazil could be held accountable internationally, focusing on the Organization of American States (OAS) and its human rights protection systems, which accompanied the sensitive situation of these peoples in the country.

**Keywords:** Covid-19. Traditional populations. State responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

Povos tradicionais têm um histórico de luta pelo reconhecimento de seus direitos e terras no Brasil. Salvaguardas básicas como o direito à terra, proteção dos direitos humanos e luta contra a discriminação, são recorrentes no dia a dia destas comunidades. As fragilidades sociais tornaram estas populações especialmente sensíveis às consequências da pandemia da Covid-19. Com grandes repercussões no território nacional, a pandemia afetou tanto a população urbana quanto a rural. Reféns de políticas de saúde precárias, povos indígenas e quilombolas recorreram ao auxílio governamental para a proteção da dignidade da pessoa humana (Art.1° da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), visando garantir medidas profiláticas e eventual tratamento do Coronavírus.

O objetivo da presente pesquisa foi o de investigar os efeitos da pandemia causada pelo Covid-19 nessas comunidades. Avaliamos como o Estado brasileiro, encarregado de garantir direitos básicos a todos os cidadãos, agiu na defesa dos interesses das comunidades tradicionais, indispensáveis guardiãs da cultura e história nacionais. Por fim, realizamos breve análise de como o Estado foi cobrado para que efetive suas obrigações - por meio de responsabilização em instituições nacionais, como o STF e internacionais,

com foco nos órgãos de proteção aos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

## 2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO BRASIL

A cultura brasileira contemporânea é fruto histórico da miscigenação de povos distintos[3] em um mesmo território. A imigração é fator essencial para explicar a multiculturalidade no país, tendo em seu histórico pontos sensíveis que sedimentam a desigualdade social. O Estado foi construído durante mais de 400 anos sob os pilares da escravidão, genocídio e eugenismo a partir do sistema colonial, o que influencia até mesmo na forma como distintos grupos sociais são socialmente tratados nos dias de hoje.

Como forma a preservar patrimônios vivos da cultura brasileira, o governo federal se alinhou com tendências internacionais que prezam o reconhecimento e valorização de práticas e povos tradicionais, como os indígenas e quilombolas. As primeiras referências legislativas favoráveis à proteção de bens relacionados a estas comunidades se iniciaram nos anos 1970, a partir da Convenção Relativa À Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (ratificada em 1977). O documento, em seu Artigo 4°, determina:

> Cada um dos Estados parte na presente Convenção deverá reconhecer que a obrigação de assegurar a identificação, protecção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do património cultural e natural referido nos artigos 1.º e 2.º[4] e situado no seu território constitui obrigação primordial. Para tal, deverá esforçar-se, quer por esforço próprio, utilizando no máximo os seus recursos disponíveis, quer, se necessário, mediante a assistência e a cooperação internacionais de que possa beneficiar, nomeadamente no plano financeiro, artístico, científico e técnico. (UNESCO, 1977).

Na década seguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 gradativamente abriu portas para que os direitos destes

[3] De acordo com o IBGE, os povos que mais contribuíram com o corpo demográfico brasileiro (além da população nativa) advém do continente africano (por meio do tráfico de pessoas escravizadas), do continente europeu (a partir da migração portuguesa, espanhola, alemã, italiana), além de árabes e japoneses.

[4] O artigo 1° considera como patrimônio cultural os monumentos, os conjuntos e os locais de interesse de criação humana. Já o artigo 2° considera como patrimônio natural os monumentos naturais, as formações geológicas e fisiográficas, e os locais de interesse naturais ou zonas naturais.

povos fossem assegurados em território nacional. O art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias reconhece a propriedade definitiva às terras das comunidades quilombolas remanescentes. Já o Capítulo VIII é totalmente dedicado aos índios, reconhecendo sua "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (Art. 231) (BRASIL, 2020a).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho foi mais um passo para a reafirmação do compromisso em reconhecer e defender essas comunidades diante das esferas internacionais. O documento de 1989, ratificado pelo Decreto nº 5.051/2004[5] foi um grande passo para dar efetividade às medidas que assegurem aos "povos tribais[6]" e indígenas a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais (Art 2).

Um dos pontos mais marcantes para a efetivação de políticas públicas na área se deu a partir do Decreto nº 6.040 de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. O documento definiu com clareza o que são os povos tradicionais. De acordo com a Política (Art. 3º, I), povos e comunidades tradicionais são:

> [...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; (BRASIL, 2007).

Ainda, o registro define o que seriam os "territórios tradicionais", sendo estes os espaços ocupados por estes grupos, de forma permanente ou temporária, necessários para sua "reprodução cultural, social e econômica" (Art. 3º, II). Para garantir a implementação de tais políticas públicas, foram determinados seus instrumentos de implementação, sendo eles:

> Art. 4º. [...] I- os Planos de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; II - a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, instituída

[5] Revogado em 2019 pelo Decreto nº 10.088 de 5 de novembro.

[6] Entende-se como povos tribais (Art. 1º) como aqueles "cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial".

> pelo Decreto de 13 de julho de 2006; III - os fóruns regionais e locais; e IV - o Plano Plurianual. (BRASIL, 2007).

Dentre os povos tradicionais brasileiros, são de grande expressão os indígenas, as comunidades quilombolas, os povos de terreiro, ribeirinhos, ciganos, entre outros. No presente trabalho, iremos explorar especialmente a realidade indígena e quilombola.

## 2.1 Povos Indígenas

A colonização portuguesa provocou grande despovoamento da população originária no país - os chamados "índios". De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 2.000.000 indígenas povoavam o território brasileiro no século XVI (IBGE, [2000?]). Segundo o mesmo Instituto, o número de indígenas no país se reduziu a 817.963 em 2010[7].

Ainda que assolado e extintos vários povos, os indígenas não eram o foco no projeto escravista português. Em 1570, foi criada a primeira lei contra o cativeiro indígena[8]. Em 1755, foi aprovado o Diretório, objetivando a integração dos nativos à vivência colonial. Três anos depois, o fim da escravidão foi estendido a toda américa portuguesa, a partir da secularização da administração dos aldeamentos indígenas[9].

Em 1798 o Diretório foi abolido, dando lugar ao Regulamento das Missões, cujo propósito era realizar a completa assimilação dos nativos. Em 1910, foi criado o Serviço de Proteção aos Índios pelo Estado republicano. O projeto do Parque Nacional do Xingu ocorreu em 1952, seguido pela instituição da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em 1967. Como forma de criar uma organização para a defesa da cultura originária, surgiu a União das Nações Indígenas em 1979, formação essencial para a consagração dos direitos dos índios observados na Constituição de 1988.

## 2.2 Povos quilombolas

Entre os séculos XVI e XIX, mais de 4 milhões de homens, mulheres e crianças africanas foram vítimas do tráfico de pessoas e reféns do trabalho

[7] De acordo com o IBGE, em 2010, 315.180 indígenas viviam no ambiente urbano, enquanto 502.783 no ambiente rural.

[8] A lei só permitia a escravização indígena com a alegação de "guerra justa".

[9] O IBGE afirma que após o fim da escravização indígena, foi determinada a tutela das ordens religiosas das aldeias e os índios foram proclamados vassalos da Coroa portuguesa.

forçado no Brasil. As condições sub-humanas as quais estes indivíduos eram submetidos culminaram em formas de resistência contra o sistema imposto. Uma das formações mais famosas, os quilombos, são estruturas de resistência histórica no contexto brasileiro, que até os dias de hoje continuam enfrentando desafios quanto ao seu reconhecimento e manutenção de seus direitos.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), autarquia federal cuja missão prioritária e executar a reforma agrária classifica os quilombos como

> [...] grupos étnicos – predominantemente constituídos pela população negra rural ou urbana –, que se autodefinem a partir das relações específicas com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias. (INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRÁRIA, 2020)

Em relação aos direitos inerentes ao negro no Brasil, estes foram garantidos e reconhecidos somente após 1888. Desde a chegada das primeiras pessoas escravizadas no país em 1530, até a abolição da escravatura (1888), estas pessoas eram automaticamente considerados escravos. O Código Criminal de 1830 impunha penas cruéis[10], como permitir castigos físicos - indo ao desencontro do previsto constitucionalmente em 1824, que em caráter "liberal" estabelecia em seu Art. 179, inciso XIX que "desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis" (BRAZIL, 1824).

A libertação gradual de pessoas escravizadas deu-se a partir da Lei dos Sexagenários (Lei 3270/1885), seguida pela Lei do Ventre Livre (Lei 2040/1871. A lei que "garantiu" cidadania ao negro no Brasil é a chamada Áurea (Lei 3353/1888), dando a este a titularidade de seus direitos e obrigações. Ainda assim, sabemos que a realidade enfrentada por afrodescendentes no país é imersa de desafios. Com o racismo institucionalizado, a luta por reconhecimento e manutenção de direitos no país é diária. Ainda que a Magna Carta venha a determinar a prática de racismo como crime inafiançável (Art. 5°, XLIII), sua prática ainda é vastamente observada no cotidiano. As consequências recaem também no processo de manutenção dos direitos quilombolas: Souza (2008) afirma que:

[10] O artigo 60 do Código Criminal dizia: "se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar".

> Das 3.554 comunidades quilombolas identificadas pelo governo federal (Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2006), pouco mais de 100 possuem o título, segundo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). (SOUZA, 2008).

## 2.3 Direitos inerentes aos povos tradicionais

Com a lenta conquista de direitos, povos tradicionais tiveram suas garantias gradualmente declaradas, sobretudo com o reconhecimento constitucional nos anos 1980. Segundo Calegare, Higuchi e Bruno (2014), "Da completa invisibilidade e/ou consideradas como fator antrópico, após conflitos, debates e resoluções, elas passaram a ser reconhecidas por seu valor conservacionista e estimadas como "guardiãs da floresta".(CALEGARE, HIGUCHI e BRUNO, p.115, 2014). O Ministério Público de Minas Gerais (2014) afirma que povos e comunidades tradicionais são titulares do direito fundamental à assistência jurídica gratuita. O órgão afirma que qualquer atuação junto "a esses povos e comunidades deve se dar de forma intersetorial (...), participativa (...) e adaptada às suas respectivas realidades" (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, p. 18, 2014).

A Magna Carta brasileira de 1988 delega ao Estado a proteção das manifestações culturais populares afro-brasileiras e indígenas em seu artigo 215, §1°. A já mencionada Convenção n°169 da OIT contribuiu para a reafirmação do que seriam povos tradicionais na contemporaneidade. Suas características são afirmadas nas peculiaridades culturais no modo de viver e trabalhar, tendo atributos especiais que lhe dão garantia a direitos específicos, os quais devem ser protegidos pelo governo (Artigo 2°).[11] Outro documento que dá expressividade à defesas da diversidade no país é a ratificação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto n° 6.177/2007). Na presente declaração, promover o respeito "pela diversidade das expressões culturais e a conscientização de seu valor nos planos local, nacional e internacional" (UNESCO, 2005) é um dos objetivos.

[11] O artigo 2° da Convenção 169 da OIT prevê: "1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições";

Considerando a iminente necessidade da produção de políticas públicas voltadas para a igualdade social do Brasil, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial pela Lei n.º 10.678/2003[12] e o Estatuto da Igualdade Racial[13] pela Lei nº 12.288/2010. Vale a pena destacar a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, já mencionada anteriormente. O documento tem como um dos princípios norteadores (Art. 1º, V) o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria "da qualidade de vida dos povos e comunidades tradicionais nas gerações atuais" (BRASIL, 2007).

Destacamos a Lei n.º 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. O aparato legal "regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional." (Art. 1º). O texto dá garantias aos povos indígenas para que os mesmos vivam isolados dos outros setores da comunhão nacional se assim o desejarem, mantendo seus traços culturais, costumes e tradições - ainda assim gozando dos direitos civis inerentes a todo brasileiro. A Constituição Federal, em seu Art. 231, dá amplo reconhecimento aos índios acerca de "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". Além disso, a Carta Magna dá garantia aos índios do direito de ingressar em juízo em defesa de seus interesses, devendo intervir o Ministério Público em todos os atos do processo (Art. 232) (BRASIL, 2020a).

Grande marco internacional para os povos nativos brasileiros é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). O Brasil, como signatário, legitima mais uma vez a livre determinação dos povos indígenas (Art. 3º). Ainda, defende o direito destes povos não sofrerem "assimilação forçada ou a destruição de sua cultura" (Art. 8º). Um dos artigos mais importantes e aclamados por povos indígenas na luta pela manutenção de suas terras é o Art. 10, que proíbe a retirada dessas comunidades pela força de suas terras ou territórios.

Como direitos específicos das comunidades quilombolas, destacamos o já mencionado artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que visa reconhecer a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades quilombolas ocupando suas terras. Para dar claridade à disposição legal, o Decreto nº 4.887/2003 visou regulamentar o procedimento

[12] A Secretaria especial coordena e articula políticas públicas de promoção à igualdade racial no país.

[13] O presente estatuto visa garantir à população negra do país a defesa da igualdade de direitos e combate à discriminação no país.

para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por estes povos. Observamos no Art. 2°:

> Art. 2º – Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. [...] (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003).

A fragilização de comunidades tradicionais é observada pela ínfima representação de seus membros/aliados em esferas de poder. O fato se reflete na cobrança e manutenção de políticas públicas que incidam diretamente nestes grupos, que precisam se defender constantemente do ataque que sofrem dentro de seus limites territoriais em nome de interesses de grandes latifúndios do país. A situação, atualmente, é ainda mais dramática. A pandemia disseminada pelo Covid-19 trouxe estado de calamidade aos sensíveis sistemas de proteção do Estado brasileiro. Comunidades tradicionais, já historicamente fragilizadas e negligenciadas pelo setor público, viraram reféns das circunstâncias e enfrentam uma severa exposição ao vírus.

## 3 AS CONSEQUÊNCIAS DA COVID-19 PARA AS COMUNIDADES INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

A Covid-19, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 como doença pandêmica (OPAS, 2020), teve seu primeiro caso confirmado no Brasil em fevereiro de 2020, por meio de uma declaração do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020d), sendo que até o dia 15 de setembro de 2020, já se contabilizavam 133.119 óbitos ao longo de sete meses e 4.382.263 casos confirmados - e contando (BRASIL, 2020e).

Tendo em vista que estes números representam um cenário geral no Brasil, faz-se importante a distinção de dados quanto a grupos específicos da nossa sociedade.

Destaca-se que, segundo a Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os Indígenas e Quilombolas para enfrentamento à Covid-19 (BRASIL, 2020c), "[o] IBGE estima que no Brasil existam 7.103 localidades

indígenas e 5.972 localidades quilombolas em 2019" (IBGE, 2020). Mesmo sendo uma quantidade populacional aproximada, levando em consideração dados do ano de 2010 e da base territorial do Censo 2021[14] é possível que tenhamos uma dimensão quantitativa e distributiva dessas populações no território brasileiro.

Ainda de acordo com o IBGE (2020),

> O estudo mostra que as **localidades indígenas estão distribuídas em 827 municípios brasileiros.** Do total de localidades, 632 são terras indígenas oficialmente delimitadas. O restante constitui 5.494 agrupamentos indígenas, sendo 4.648 dentro de terras indígenas e 846 fora desses territórios. As demais 977 são denominadas outras localidades indígenas, aquelas onde há presença desses povos, mas a uma distância mínima de 50 metros entre os domicílios. [...] Já a população que se considera quilombola será identificada pela primeira vez no próximo Censo, adiado para 2021. Embora não tenha estimativa dessa população, **o IBGE calcula que o país possua 5.972 localidades quilombolas, que estão divididas em 1.672 municípios brasileiros, mais que o dobro com localidades indígenas** (827)[15] (grifo nosso).

Todos os dados fornecidos pela Base de Informações "tem como objetivo subsidiar o desenvolvimento de políticas e ações específicas, planos e logística para enfrentar a Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, junto aos indígenas e quilombolas" (BRASIL, 2020c).

A respeito das comunidades quilombolas, de acordo com o CONAQ (Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas), em monitoramento autônomo, até o dia 14 de setembro de 2020, foram contabilizados 159 óbitos, de acordo com o *site* Quilombos sem COVID-19 (2020) em 17 estados (CONAQ, 2020a), além de 4.541 casos confirmados (QUILOMBOS SEM COVID-19, 2020).

[14] Anteriormente, tratava-se do Censo 2020, adiado devido à Covid-19.

[15] Quanto aos dados fornecidos em relação aos quilombolas, leva-se em consideração que "[d]o total de localidades, 404 são territórios oficialmente reconhecidos, 2.308 são denominados agrupamentos quilombolas e o restante, 3.260, identificados como outras localidades quilombolas. Entre os agrupamentos, 709 estão localizados dentro dos territórios quilombolas oficialmente delimitados e 1.599 fora dessas terras" (IBGE, 2020). Isto porque, apesar de constitucionalmente previsto - art. 68 ADCT (BRASIL, [2020]), a nem todos os quilombolas remanescentes foram emitidos os títulos de propriedade privada por parte do Estado, o que dificulta a apuração de dados concretos a respeito dessas comunidades, podendo este fato explicar, ainda, o porquê de a população quilombola estar sendo identificada pela primeira vez em um Censo realizado pelo IBGE somente neste ano de 2020.

Já em relação aos indígenas, esses números correspondem a um total de 810 mortos, havendo 32.615 casos confirmando e 158 povos afetados, até o dia 20 de setembro de 2020 (OVIEDO; CARLOS; SANTOS, [2020?]). Estes dados foram recolhidos de acordo com números contabilizados pela SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena) e, ainda por "subnotificações computadas pelo Comitê Nacional de Vida e Memória Indígena" (OVIEDO; CARLOS; SANTOS, [2020?]).

A subnotificação está presente tanto nos números dos indígenas quanto no dos quilombolas. No caso dos quilombolas, há indicação de que os dados são subnotificados devido ao fato de que "muitas secretarias municipais deixam de informar quando a transmissão da doença e a morte ocorre entre pessoas quilombolas" (QUILOMBOS, 2020). Já quanto aos indígenas, "[e]mbora os números oficiais informem sobre a dinâmica de notificação, eles não refletem necessariamente a extensão da pandemia" (OVIEDO; CARLOS; SANTOS, [2020?]), tendo em vista que não estão sendo oficialmente computados os casos de indígenas que vivem em áreas urbanas ou os que vivem em terras ainda não homologadas.

Este é, portanto, um impedimento ao monitoramento e à própria ação do Governo. Em função disso, os números refletem um trabalho de organizações autônomas como o CONAQ e a SESAI, que trabalham para evitar o avanço da doença e fornecer informações a esse respeito.

Historicamente, vemos que as populações originárias são mais vulneráveis a doenças desconhecidas. O termo utilizado pelo antropólogo Henry F. Dobyns, cataclismo biológico, vem "descrever o efeito das epidemias trazidas pelos invasores europeus nas populações ameríndias" (CATACLISMO, 2020).

A primeira grande epidemia brasileira sobreveio no século XVI, em decorrência dos primeiros contatos com as pessoas não indígenas, devido à gripe e ao sarampo (BRITO, 2020). De acordo com Andrey Moreira Cardoso, pesquisador da Escola Nacional de Saúde Pública (Ensp/Fiocruz), em entrevista concedida ao Instituto Socioambiental (ISA), há o alerta para o fato de que

> A questão está estreitamente associada às possibilidades de acesso aos territórios tradicionais e aos recursos lá disponíveis. Também se vincula à proximidade dos centros urbanos, ao grau de dependência em relação ao mercado regional e à disponibilidade de políticas públicas. **A possibilidade de contato com populações onde ocorre transmissão comunitária da doença, a depender da localização onde residem e do grau de contato, pode facilitar com que uma pessoa**

> **se infecte e volte para a aldeia.** Então, **um dos grandes desafios é evitar esse contato e que ocorra a transmissão para alguém que vai retornar à aldeia**. No momento em que essa pessoa retorna à aldeia, é muito difícil conter a disseminação do vírus. A **indisponibilidade de água e de saneamento em muitas comunidades indígenas é extremamente preocupante nesse cenário**. Os padrões de moradia de diversos povos indígenas, muitas vezes com grandes casas com elevado número de pessoas, pode facilitar o contato de uma pessoa infectada e outra não infectada e a transmissão do vírus. Esses são aspectos das culturas indígenas centrais para seus modos de vida, que precisam ser respeitados e valorizados, cabendo especial atenção no contexto da pandemia (SOCIOAMBIENTAL, 2020, grifo nosso).

De acordo com tais apontamentos, notamos a importância a ser destinada às populações indígenas, marginalizadas desde a chegada dos europeus em território brasileiro. Para a resolução dos problemas de saúde dos índios, a Lei Arouca (nº 9.836/99) veio em 1999 acrescer à Lei 8.080/90 - responsável pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS) - o Capítulo V, referente ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (BRASIL, 2009a).

Porém, nota-se um problema quanto à tratativa da saúde dos quilombolas. O acesso a este direito veio a ser abrangido pela Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN), na Portaria nº 992/2009 (BRASIL, 2009b), além da Política Nacional de Saúde Integral das Populações do Campo e da Floresta, instituída pela Portaria nº 2.866/2011 (BRASIL, 2011) objetivando a garantia e amplo acesso da população negra e quilombola aos serviços de saúde (ALMEIDA, 2019).

> Mesmo com a garantia constitucional e a publicação da portaria nº 992/2009, observou-se que tais propostas não foram concretizadas. [...] Este fato obrigou o Conselho Nacional de Saúde a publicar a **"Recomendação nº 030/2012" direcionada ao Ministério da Saúde por considerar que, dentre outras coisas, o mesmo não cumpriu o proposto na Portaria nº 922/2009** (ALMEIDA, 2019, grifo nosso).

Observa-se que as ações governamentais ainda não são suficientes para atender às comunidades quilombolas. "Para além da redistribuição de recursos, é necessário reconhecer que as comunidades [...] têm especificidades que devem ser respeitadas e levadas em consideração, sendo o uso do território uma dessas especificidades" (MELO, 2017).

## 4 A ATUAÇÃO DO GOVERNO BRASILEIRO PARA CONTER O AVANÇO DA COVID-19 NAS COMUNIDADES

A insuficiência das ações governamentais vem causando grande transtorno às comunidades quilombolas e indígenas, que necessitam da ação estatal para a garantia de seus direitos, principalmente com o advento da Covid-19.

Podemos destacar como um dos principais atos no cenário atual a convolação do Projeto de Lei 1.142/2020 da Câmara dos Deputados, na Lei 14.021/2020, que abrange indígenas, quilombolas e outros grupos específicos, criando o Plano Emergencial para enfrentamento à Covid-19, que, teoricamente, assegura "recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública" (BRASIL, 2020b).

De acordo com o art. 2° da referida lei:

> Art. 2º Os povos indígenas, as comunidades quilombolas, os pescadores artesanais e os demais povos e comunidades tradicionais **serão considerados como grupos em situação de extrema vulnerabilidade e, portanto, de alto risco e destinatários de ações relacionadas ao enfrentamento de emergências epidêmicas e pandêmicas** (BRASIL, 2020c, grifo nosso).

A Lei havia passado pela avaliação presidencial em julho de 2020 e, em decorrência de tal apreciação, foram 22 os vetos, correspondentes, por exemplo, à não

> [...] obrigatoriedade de o Poder Público garantir oferta emergencial de leitos hospitalares e de UTI; de comprar ventiladores e máquinas de oxigenação sanguínea; e até de fornecer acesso a água potável, cestas básicas e materiais de higiene e limpeza. Além disso, **o governo fica desobrigado de instalar internet nas aldeias e facilitar aos indígenas e quilombolas o acesso ao auxílio emergencial**. Bolsonaro também **barrou a obrigação de o Executivo liberar verbas emergenciais para a saúde indígena**. Assim, o governo não precisa mais assumir as despesas do Plano Emergencial criado pela mesma lei, nem transferir aos entes federados recursos para a implementação do plano (TORRES; MATHIAS, 2020, grifo nosso).

Entretanto, como determina o processo legislativo, os vetos presidenciais foram analisados pelo Congresso e, neste momento, 16 destes 22 foram derrubados (BRASIL, 2020h), sendo recusados "os vetos aos dispositivos que garantiam oferta de água potável, materiais de higiene e limpeza, leitos hospitalares, UTIs e materiais informativos para os territórios indígenas" (SOUZA, 2020), entre outros.

Apesar disso, ressalta-se a ação tardia do poder legislativo quanto à Covid-19 nas comunidades indígenas e quilombolas e, além disso, a divergência de entendimento entre executivo e legislativo, com uma ação mais ativa daquele no sentido de cercear direitos e omitir o amparo a parcelas da população. Essa constatação não se faz apenas por meio dos vetos presidenciais, mas também em relação aos pronunciamentos do Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro.

A Survival ([2019?]) reuniu algumas das declarações do Presidente, como, por exemplo, um lamento de que a cavalaria brasileira não tenha sido tão eficiente quanto à estadunidense e que, por isso, não tenha exterminado os índios e a de que, para ele, não deveria haver "nem um centímetro demarcado para reserva indígena ou para quilombola". Ainda quando pré-candidato, num discurso no Clube Hebraica, no Rio de Janeiro, o atual Presidente afirmou que "quilombolas não servem nem para procriar", tendo atacado também mulheres, homossexuais, refugiados e indígenas (FOCO, 2017).

Em algumas ações tomadas pelo governo fica evidente o cunho desdenhoso sobre os direitos dos povos originários. De acordo com linha do tempo desenvolvida por Oviedo, Carlos e Santos ([2020?]), em março de 2020 um informe técnico da Sesai (Secretaria Especial de Saúde Indígena) expôs indígenas à doença e o plano de contingência por ela concebido previu medidas genéricas, desrespeitando as especificidades e não obedecendo o direito à consulta dos povos[16]; negou-se atendimento a indígenas residentes na área urbana; a Funai permitiu que a permanência de não-indígenas em terras demarcadas; e, neste período, o desmatamento por invasores atingiu cerca de 2,7 mil hectares até maio de 2020. Ademais, no início da pandemia foi editada resolução afirmando "a remoção e o reassentamento de famílias quilombolas no Maranhão" (VALENTE, 2020).

Destaca-se, ainda, o fato de a Funai ter executado, nos cinco primeiros meses de 2020, número irrisório de recurso[17]. A Fundação sempre apresentou problemas de insuficiência orçamentária, mas diante do caráter anti-indígena do governo atual e da pandemia de Covid-19, este problema se intensificou de modo que, agora, os números são os mais baixos em 10 anos, como indica Santana e Miotto (2020).

No tocante aos quilombolas, "[a]s comunidades [...] não tem uma política pública de saúde específica, a exemplo da política de saúde indígena que é

[16] O direito à consulta dos povos foi estabelecido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, além de presente também na Declaração dos Estados Americanos sobre os Direitos dos Indígenas e diz respeito ao direito fundamental das comunidades tradicionais de decidir sobre seu próprio futuro, dando simetria à relação entre tais povos e o Estado.

[17] Atualmente o orçamento da Funai representa apenas 0,02% do orçamento da União.

parte do SUS", sendo atendidos pelo Sistema Único de Saúde sem nenhuma atenção às suas especificidades. Um dos grandes problemas enfrentados é a falta de saneamento básico nos quilombos e a Funasa (Fundação Nacional de Saúde) é a responsável por essas ações. Em 2020, foram autorizados R$3 bilhões em recursos para ações de saneamento no geral, mas para a "Ação 7656: Implantação, Ampliação ou Melhoria de Ações e Serviços Sustentáveis de Saneamento Básico em Pequenas comunidades rurais (localidades de pequeno porte) ou em comunidades tradicionais (remanescentes de quilombos)", apenas R$37,4 milhões de capital referente a anos anteriores foram pagos (ZIGONI, 2020).

## 5 A AÇÃO ENVIADA AO STF PELA CONAQ

Explicitadas as ações estatais no combate à pandemia e os números de mortos e casos pela Covid-19, a Arguição de Incumprimento de Preceiro Fundamental[18] (ADPF) 742, enviada ao Supremo Tribunal Federal pela CONAQ e por outros cinco partidos políticos (PSB, PSOL, PCdoB, Rede Sustentabilidade e PT) vem como resposta às ações e omissões governamentais (BRASIL, 2020f).

As principais medidas solicitadas giram em torno da

> [...] **distribuição imediata de equipamentos de proteção individual, água potável e materiais de higiene e desinfecção e medidas de segurança alimentar e nutricional, com a distribuição de cestas básicas, e acesso regular a leitos hospitalares, com ambulâncias para transferência de doentes**. Também pedem o fortalecimento dos programas de saúde da família nas áreas remanescentes de quilombos, a testagem regular e periódica e o apoio às comunidades que adotarem ações ou protocolos de isolamento social comunitário. (grifo nosso). (BRASIL, 2020f).

Além disso, é cobrada a criação de grupo de trabalho interdisciplinar para elaboração das ações específicas e de cronograma para a implementação de tais atitudes (BRASIL, 2020f).

A petição inicial foi protocolada em 10/09/2020, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio. No dia 23/09/2020 houve decisão monocrática

[18] A ADPF é instituída pela Constituição Federal de 1988 no art. 120, §1° e regulamentada pela Lei 9.882/99 e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

afirmando a "relevância da causa de pedir e o risco, agravado em virtude da notória crise sanitária que assola o País, cumpre submeter ao Colegiado Maior o pedido" (BRASIL, 2020g). Entretanto, solicitou-se prazo de 5 dias para prestação de informações e "manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República", não tendo havido nenhum posicionamento em relação ao pedido liminar feito pela CONAQ.

Caso julgada procedente, o prazo para elaboração do plano de ação do governo será de 30 dias (CONAQ, 2020b), visando ação rápida no intuito de serem evitadas maiores perdas.

A intenção, portanto, é a de fazer valer os direitos dos quilombolas perante a justiça, na busca pela garantia de cumprimento de direitos fundamentais.

## 6 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL NO CASO DE INADIMPLÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIR COM DEVERES E DIREITOS RELACIONADOS ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

Na presente conjuntura, instituições internacionais estão atentas e foram acionadas para exigir o respeito e proteção a estas importantes comunidades. A Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, está acompanhando de perto a realidade do contexto brasileiro e, por meio de seus órgãos autônomos, realizando as devidas recomendações. A instituição é considerada o mais antigo organismo regional do mundo. Segundo a Carta da Organização dos Estados Americanos, tem como propósito "conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência" (Art. 1º).

Baseada em pilares de democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento, a OEA tem como órgão principal e autônomo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada em 1959. De acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o órgão representa todos os membros da OEA (Art. 35), e tem como função principal "promover a observância e a defesa dos direitos humanos" (Art. 41). Seu trabalho é realizado baseado no 1) sistema de petição individual; 2) monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros; 3) atenção a linhas temáticas prioritárias. A Comissão busca dar atenção especial aos grupos historicamente submetidos à discriminação.

A CIDH tem a legitimidade de fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas que contribuam para a proteção dos

direitos humanos (Art. 41).[19]. A organização foi acionada em 16 de junho de 2020 com a solicitação de medidas cautelares apresentadas pela Hutukara Associação Yanomami e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com base no artigo 25 do Regulamento da CIDH. O documento garante que tais medidas podem vir a proteger um grupo de pessoas (Art. 25, 3), consideradas a gravidade, urgência da situação e dano irreparável[20]. No caso específico, os solicitantes afirmam que os povos que vivem na Terra Indígena Yanomami, com uma população total de quase 26 mil pessoas distribuídas em 321 aldeias vivem em isolamento voluntário. A solicitação afirma que os possíveis beneficiários "enfrentam um risco específico face à pandemia de COVID-19" (CIDH, pg. 2, 2020). Foram alegadas falhas no sistema de saúde dos povos atingidos, destacando o estado crítico do Distrito Sanitário especial Indígena Yanomami, com assistência à saúde dentre as mais vulneráveis no país. Ainda, com a reconfiguração do Programa Mais Médicos, a mortalidade infantil indígena atingiu níveis alarmantes. Com a entrada não autorizada de pessoas externas nas dependências da aldeia, falta de medidas concretas na aplicação de um Plano de Contingência e a intensificação da atividade ilegal do garimpo e ameaças às vidas dos índios residentes nas terras tornaram a situação insustentável aos moradores.

A resposta do estado brasileiro indicou a existência de análise interna judicial acerca dos assuntos existentes no pedido de medidas cautelares à Comissão. O governo garante que esforços têm sido feitos acerca da garantia da saúde e proteção dos indígenas, auxiliando no combate ao garimpo ilegal. Além disso, afirmaram que o presente pedido de medidas cautelares não atende aos requisitos do Regulamento da CIDH, uma vez que não foram esgotados os recursos internos necessários .

Evocando o cumprimento das obrigações de monitoramento dos direitos humanos pela Comissão, como o previsto no artigo 106 da Carta da OEA, o órgão afirmou que:

[19] O Art. 41b da Convenção Interamericana de Direitos Humanos delega como função da Comissão: "formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos".

[20] Entende-se, com base no artigo 25 do Regulamento da CIDH, "a. "gravidade da situação" significa o sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido ou sobre o efeito eventual de uma decisão pendente em um caso ou petição nos órgãos do Sistema Interamericano; b. a "urgência da situação" é determinada pelas informações que indicam que o risco ou a ameaça são iminentes e podem materializar-se, requerendo dessa maneira ação preventiva ou tutelar; e c. "dano irreparável" significa os efeitos sobre direitos que, por sua natureza, não são suscetíveis de reparação, restauração ou indenização adequada".

> (...) historicamente, os povos indígenas e tribais têm sido sujeitos a condições de marginalização e discriminação", razão pela qual reitera que "dentro do direito internacional em geral e no direito interamericano especificamente, é necessária proteção especial para que os povos indígenas possam exercer seus direitos plena e equitativamente com o restante da população. Além disso, pode ser necessário estabelecer medidas especiais de proteção para os povos indígenas, a fim de garantir sua sobrevivência física e cultural - um direito protegido em vários instrumentos e convenções internacionais"16. Nesse sentido, a divergência entre as partes restringiu-se a avaliar se a situação atual representa um sério risco de danos irreparáveis. (CIDH, p. 9, 2020)

Após recebidos os relatórios do Estado Brasileiro e analisadas as alegações de fato e direito apresentadas pelas partes, a Comissão considerou que os povos indígenas Yanomami e Ye'kwana "estão em situação de gravidade e urgência, pois seus direitos à vida e à integridade pessoal estão em sério risco." (CIDH, 2020). A Comissão solicitou que o Brasil, então:

> [...] a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas de prevenção contra a disseminação da COVID-19, além de fornecer assistência médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis; b) acorde as medidas a serem adotadas com as pessoas beneficiárias e seus representantes; e c) relate as ações adotadas para investigar os fatos que levaram à adoção dessa medida cautelar e, assim, evitar sua repetição.

A medida demonstra a clara preocupação dos órgãos internacionais acerca da saúde e proteção de povos tradicionais, exigindo-se do Estado brasileiro a proteção dos direitos inerentes a estas comunidades. De acordo com o Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009), caso o Estado não satisfaça as recomendações da Comissão, esta estará legitimada para realizar representação na Corte (Art. 24). O Tribunal possui autonomia para supervisionar sentenças, mediar conflitos e resolver casos contenciosos. Estados, quando requeridos, são obrigados a cooperar (Art. 26), prestando todos os esclarecimentos necessários. Suas sentenças têm poder vinculante, obrigando a nação comprometer-se e respeitar eventuais consequências demandadas pelo Tribunal. Casos resolvidos pela Corte apresentam grande

publicidade internacional e tendem a criar precedentes jurídicos, considerados os direitos humanos defendidos pela instância jurídica regional.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista da exposição realizada ao longo do texto, podemos compreender o motivo do elevado número de mortos e de casos de coronavírus que atingiram, até hoje, as comunidade indígenas e quilombolas.

Apesar das afirmações do governo federal no sentido de que o país tem agido de maneira intensiva no combate ao coronavírus e atendido, igualmente, a esses povos, pode-se constatar a inverdade de tais afirmações e insuficiência das poucas ações tomadas pela União. Mesmo as políticas públicas anteriormente criadas não vêm surtindo efeito na proteção contra a Covid-19.

A omissão do governo colocou o Brasil como ocupante do segundo lugar no ranking de mortes pelo coronavírus, atrás apenas dos Estados Unidos da América. Já são 133.119 brasileiros mortos pela doença desde fevereiro de 2020 até o meio do mês de setembro de 2020. Ou seja, com apenas sete meses desde o primeiro caso confirmado no Brasil, de acordo com os dados apresentados pela Universidade Johns Hopkins dos EUA (COVID-19, 2020), a quantidade de mortos já atinge números exorbitantes. No mundo, ao todo, foram contabilizados um milhão de mortos em 28/09/2020 (MUNDO, 2020).

Dentre esses tantos casos, encontram-se indígenas, quilombolas e outros povos originários que representam a cultura e origem de nosso país, carregando dentro de si a ancestralidade, a história do Brasil desde a chegada dos europeus no território brasileiro, passando pelos anos de escravidão de negros africanos, até os dias de hoje. Portanto, não restam dúvidas acerca da importância destes povos e da necessidade de salvaguarda de sua cultura e história que representam, diretamente, a cultura e história de todos os cidadãos brasileiros.

A todo momento fica evidente o destrato do Estado brasileiro e, deste modo, espera-se que a ADPF 742 possa surtir efeito diante do cenário vivenciado. Espera-se que a ação do judiciário possa permitir, de acordo com o princípio da separação e independência dos poderes e, também, conforme sua harmonização, a justiça para os povos originários.

Por compreendermos de tal maneira o assunto, imprime-se também grande importância às ações dos órgãos internacionais com força para a proteção dos direitos das comunidades indígenas e quilombolas. Além da ADPF 742, a consideração da Comissão Internacional de Direitos Humanos acerca da gravidade da situação enfrentada no Brasil e a solicitação de medidas ao governo a respeito desta emergência, nos concede certa esperança, na

expectativa de que a mudança venha a tempo de evitar maiores estragos aos povos originários brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cláudio Bispo de, et al. Reflexão sobre o controle do acesso de quilombolas à saúde pública brasileira. **Av.Enferm.,** Bogotá: v. 37, n. 1, p. 92-103, Abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-45002019000100092&lng=es&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 20 set. 2020.

ARRUTI, José Maurício. **O quilombo conceitual: para uma sociologia do artigo 68 do ADCT.** In: Texto para discussão: Projeto Egbé – Territórios negros (KOINONIA), 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República: [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Lei Arouca**: a Funasa nos 10 anos de saúde indígena. Fundação Nacional de Saúde. - Brasília: Funasa, 2009a. 112 p. ; il. Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/livro-lei-arouca-10anos.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil 500 anos**. [Rio de Janeiro]: IBGE: [2000?]. 232 p. Disponível em: https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Gráficos e tabelas:** população residente, segundo a situação do domicílio e condição de indigena - Brasil 1991/2010. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. **Quilombolas.** 28 Jan. 2020. Disponível em: http://www.incra.gov.br/pt/quilombolas. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.021, de 07 de julho de 2020.** Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19

de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. Brasília, DF: Presidência da república, 2020b. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.021-de-7-de-julho-de-2020-265632745. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia: IBGE. **Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os indígenas e quilombolas para enfrentamento à Covid-19**: Notas Técnicas. Vol. especial. Rio de Janeiro: 2020c. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/27480-base-de-informacoes-sobre-os-povos-indigenas-e-quilombolas.html?edicao=27481&t=downloads. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. [*S.l.*]: 2020d. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde**. [*S.l.*]: 2020e. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.866, de 2 de dezembro de 2011.** Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral das Populações do Campo e da Floresta (PNSIPCF). [*S.l.*]: 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2866_02_12_2011.html. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 992, de 13 de maio de 2009.** Institui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF: 2009b. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt0992_13_05_2009.html. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n° 5.051, de 19 de abril de 2004.** Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF: 2004. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n° 6.040, de 07 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF: 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Quilombolas e partidos pedem providências para o combate à Covid-19 nas comunidades.** Brasília: 2020f. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451577. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Medida Acauteladora - Artigo 5º, §2º da Lei nº 9.882/1999.** Recorrente: Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ) e outros. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de setembro de 2020. Brasília: 2020g. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344483490&ext=.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Veto nº 27/2020**. Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas e medidas de apoio a diversas comunidades. [Brasília]: Congresso Nacional, 2020h. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/13425. Acesso em: 27 de set. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Secretaria do Estado dos Negócios do Império do Brasil, Rio de Janeiro: 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRITO, Carolina Arouca G. de. **A história da saúde indígena no Brasil e os desafios da pandemia de Covid-19.** [*S.l*]: 2020. Disponível em: http://www.coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1779-a-historia-da-saude-indigena-no-brasil-e-os-desafios-da-pandemia-de-covid-19.html#.X2gfaGj0m00. Acesso em: 20 set. 2020.

CALEGARE, Marcelo; HIGUCHI, Maria; BRUNO, Ana. Povos e comunidades tradicionais: das áreas protegidas à visibilidade política de grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva. **Ambiente e Sociedade**. São Paulo. V. XVII. n. 3. p. 115-134. 2014.

CASTILHOS, Roniara; MATOSO, Felipe. Tamanho de área indígena é 'abusivo', diz Bolsonaro em ato do Conselho da Amazônia. **G1,** Brasília: 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/11/tamanho-de-area-indigena-e-abusivo-diz-bolsonaro-em-ato-do-conselho-da-amazonia.ghtml. Acesso em: 27 set. 2020.

CATACLISMO Biológico: epidemias na história indígena. **Terras Indígenas no Brasil**, [*S.l*]: 2020. Disponível em: https://terrasindigenas.org.br/pt-br/node/53. Acesso em: 20 set. 2020.

CIDADANIA, Departamento de Direitos Humanos. **Povos e Comunidades Tradicionais.** Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=156. Acesso em: 22 set. 2020.

CONAQ. **COVID-19**: avanço da doença em territórios quilombolas já deixa 156 mortos. [*S.l*]: 2020a. Disponível em: http://conaq.org.br/noticias/boletim-epidemiologico-04-de-setembro/. Acesso em: 15 set. 2020.

CONAQ. **Quilombolas pedem ao STF que governo os proteja durante a pandemia.** [*S.l*]: 2020b. Disponível em: http://conaq.org.br/noticias/adpf-quilombola/. Acesso em: 30 set. 2020.

COVID-19 Map. **Johns Hopkins Coronavirus Resource Center**. [Baltimore. USA]: 2020. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/map.html. Acesso em: 30 set. 2020.

FOCO, Congresso em. Bolsonaro: "Quilombola não serve nem para procriar". **UOL**: [*S.l*]: 2017. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/. Acesso em: 27 set. 2020.

FUNDAÇÃO, Getulio Vargas. **Grandes obras na Amazônia:** aprendizados e diretrizes. Centro de Estudos em Sustentabilidade da Fundação Getulio Vargas. v.1 p. 1-33: Dez. 2016. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18603/GVces_Direitos%20humanos_povos%20indigenas%2c%20comunidades%20tradicionais%20e%20quilombolas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 set 2020.

GOIÁS. Governo do Estado. **Comunidades Tradicionais.** Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social: 2019. Disponível em: https://www.social.go.gov.br/areas-de-atuacao/comunidades-tradicionais.html. Acesso em: 22 set. 2020.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. O direito quilombola e a democracia no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50. n.199, p. 303-320. 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33797.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

IBGE. Censo 2020. **Contra Covid-19, IBGE antecipa dados sobre indígenas e quilombolas.** [*S.l*]: 2020. Série Especial. Disponível em: https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/27487-contra-covid-19-ibge-antecipa-dados-sobre-indigenas-e-quilombolas.html. Acesso em: 15 set. 2020.

ÍNDIO, Fundação Nacional do. **Quem são.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao. Acesso em: 22 set. 2020.

LEITE, Ilka Boaventura. O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis , v. 16, n. 3, p. 965-977, dez. 2008 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300015&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2020.

MARQUES, Carlos Eduardo. **Remanescentes das Comunidades de Quilombos, da ressignificação ao imperativo legal**. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Antropologia. Mestrado. Belo Horizonte: 2008. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-998GEC/1/remanescentes_das_comunidades_de_quilombo_....pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

MELO, Willivane Ferreira de. **Comunidades quilombolas e políticas de saúde**. Terra de Direitos, [*S.l.*]: 2017. Disponível em: https://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/comunidades-quilombolas-e-politicas-de-saude/22602. Acesso em: 20 set. 2020.

MINAS GERAIS, Ministério Público. **Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais.** 2014. p. 1-52. Disponível em: https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/Cartilha-Povos-tradicionais.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

MUNDO ultrapassa a marca de 1 milhão de mortos por Covid-19, diz universidade. **G1,** [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/09/28/mundo-ultrapassa-a-marca-de-1-milhao-de-mortos-por-covid-19-diz-universidade.ghtml. Acesso em: 30 set. 2020.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sobre a Comissão.** [*S.l.*]: [20–]. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/funciones.asp. Acesso em: 28 set. 2020.

OVIEDO, Antonio; CARLOS, Silvio; SANTOS, Thiago Moreira dos. **Covid-19 e os povos indígenas**. [*S.l.*], [2020]. Disponível em: https://covid19.socioambiental.org/. Acesso em: 18 set. 2020.

OPAS. **Folha informativa COVID-19.** Brasil, Escritório da OPAS e da OMS: 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 14 set. 2020.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **O negro na Ordem Jurídica Brasileira.** n.83, p.135-149. 1998.

**OBSERVATÓRIO da Covid-19 nos Quilombos**. Quilombos sem COVID-19, [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://quilombosemcovid19.org/. Acesso em: 15 set. 2020.

SANTANA, Renato; MIOTTO, Tiago. **Orçamento da Funai:** "O problema não é técnico nem financeiro, ele é eminentemente político". Conselho Indigenista Missionário, [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://cimi.org.br/2020/06/orcamento-funai-problema-nao-e-tecnico-nem-financeiro-e-eminentemente-politico/. Acesso em: 30 set. 2020.

SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. **Ambient. soc.**, Campinas, n. 10, p. 129-136, Junho de 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2020.

SOCIOAMBIENTAL, Instituto. **'Se o coronavírus entrar nas aldeias, é possível que o aumento de casos seja explosivo', alerta especialista.** [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/se-coronavirus-entrar-nas-aldeias-e-possivel-que-aumento-de-casos-seja-explosivo-alerta-especialista. Acesso em: 21 set. 2020.

SOUZA, Oswaldo Braga de. **Congresso derruba vetos presidenciais a plano emergencial para indígenas e quilombolas.** ISA. [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/congresso-derruba-vetos-presidenciais-a-plano-emergencial-para-indigenas-e-quilombolas. Acesso em: 25 set. 2020.

SURVIVAL. **O que Jair Bolsonaro, Presidente-eleito, disse sobre os povos indígenas no Brasil**. [*S.l.*]: [2019?]. Disponível em: https://survivalbrasil.org/artigos/3543-Bolsonaro. Acesso em 27 set. 2020.

TORRES, Raquel; MATHIAS, Maria. **Crime contra a saúde indígena e quilombola**. OutraSaúde. [*S.l.*]: 2020. Disponível em: https://outraspalavras.net/outrasaude/pandemia-indigenas-quilombolas/. Acesso em: 24 set. 2020.

UNESCO, Convenção. **Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.** Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. 1972. Disponível em: https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

UNIÃO, Diário Oficial. **Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020.** Atos do Poder Legislativo. 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18603/GVces_Direitos%20humanos_povos%20indigenas%2c%20comunidades%20tradicionais%20e%20quilombolas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 set. 2020.

VALENTE, Rubens. No meio da pandemia, governo Bolsonaro admite que removerá quilombolas. **UOL,** [*S.l.*], 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/03/28/governo-bolsonaro-alcantara-quilombolas.htm. Acesso em: 27 set. 2020.

ZIGONI, Carmela. **Nota Técnica**. Orçamento Público voltado para as comunidades quilombolas no contexto da pandemia Covid-19. Inesc, Brasília: 2020. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/09/NT_Orcamento-Quilombolas_SET2020.pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

# *LAWFARE* E DIREITO DO TRABALHO
# LAWFARE AND LABOR LAW

Euler Sandro Martins Perdigão[1]
Roberta Silveira Zanetti[2]

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre o uso do *lawfare*, palavra cujo significado é uso estratégico do Direito. Visa a investigar se as alterações legislativas e as modificações dos entendimentos jurisprudenciais, no âmbito do Direito do Trabalho, correspondem ao uso estratégico do Direito, e verificar que técnicas foram utilizadas para alcançar os objetivos da "agenda neoliberal" de forma estratégica. Comprovada a suposição e detectadas as técnicas, elas foram discutidas. Dentre as estratégias geralmente utilizadas estão as relacionadas ao uso da linguagem e da terminologia da Economia, que visam ao lucro e à influência nas alterações legislativas, a modificação da jurisprudência e a adoção de uma ideologia hegemônica. Discute-se no texto que o uso Estratégico do Direito do Trabalho desconstrói os instrumentos de proteção social e fragiliza os sindicatos, e, com isto, diminui a capacidade de resistência da classe trabalhadora, consequência avassaladora que acarreta o aumento da pobreza, da desigualdade social e a ausência de proteção ao trabalhador. Para desenvolver este artigo, utilizaram-se a metodologia da revisão bibliográfica e a pesquisa documental, esta feita por meio da análise da legislação e da jurisprudência. Os resultados apontaram que a solução para este uso indiscriminado do *Lawfare* poderia ser a construção de um direito do trabalho de segunda geração, no sentido, não só de ampliar as dimensões

[1] PERDIGÃO, Euler Sandro Martins. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas. Técnico Judiciário na Justiça Federal de Primeiro Grau em Minas Gerais. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Iguaçu (UNIG) (2008). Atualmente é aluno especial do Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), cursando matéria eletiva. E-mail: eulerperdigao@gmail.com.

[2] ZANETTI, Roberta Silveira. Graduada em Direito pela Faculdades Milton Campos. Analista judiciário no TRT 3ª Região. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC Minas PUC-MG. Especialista em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Especialista em Novo Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Atualmente é aluna especial do Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cursando matéria eletiva. E-mail: rzanetti@hotmail.com.

humanas, sociais e políticas do trabalhador, mas, acima de tudo, de capacitar o ramo trabalhista para um caráter multinível, ou melhor, ser um direito universal, em que o ser humano seria o centro e um fim em si mesmo.

**Palavras-chave:** *Lawfare*. Deslocalização. Guerra econômica**.**

**ABSTRACT:** This article deals with the use of Lawfare, a word meaning strategic use of law. It aims to investigate whether legislative changes and those in jurisprudential understandings within the scope of Labour Law correspond to the strategic use of Law, and to verify which techniques were used to achieve the objectives of the "neoliberal agenda" in a strategic way. Proven the assumption and detected those techniques, they were discussed. Among the commonly used strategies are those related to the use of Economics language and terminology which aim the pursuit to profit, the influence on legislative changes, the modification in jurisprudence and the adoption of a hegemonic ideology. It is discussed in the text that the Strategic use of Labour Law deconstructs the instruments of social protection and weakens the unions and, this, reduces the resistance capacity of the working class, an overwhelming consequence that leads to the increase of poverty, inequalities and the lack of protection for workers. To develop this article, we used the methodology of bibliographic review and documentary research, the latter proceeded with material from the legislature and jurisprudence. The results showed that the solution to this indiscriminate use of *Lawfare* could be the construction of a second generation labour law, in the sense, not only of expanding the human, social and political dimensions of the worker but above all, to enable the labour branch to be multilevel, or better, a universal right, in which the human being would be the core and an end in itself.

**Keywords**: Lawfare. Relocation. Economic war.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho vem sofrendo várias alterações em razão da reforma trabalhista de 2017, o que significa, inclusive, que vem sendo acentuada a implementação da "agenda neoliberal", na qual os interesses econômicos prevalecem sobre os sociais.

O presente artigo, que adota como metodologia a pesquisa bibliográfica e a documental, com o uso de textos legislativos e jurisprudenciais, propõe-se a verificar se estas alterações correspondem ao uso estratégico do Direito, ou *lawfare,* e detectar as técnicas utilizadas para a sua implantação.

O *lawfare*, em breves palavras é o uso estratégico do direito, ou seja, uma técnica de uso do direito para alcançar objetivos pré-determinados.

A hipótese é a de que as alterações do Direito do Trabalho estão sendo utilizadas para modificar a correção de forças entre o capital e a força de trabalho, por meio da redução da proteção social dos trabalhadores e da fragilização dos sindicatos, o que importa ataque à capacidade de resistência da classe trabalhadora às políticas neoliberais.

Vale lembrar, brevemente, que o Direito do Trabalho é um ramo do direito de dimensões humana, política, econômica e social, devendo estas serem também as dimensões adotadas para a sua alteração. Ele legitima o sistema econômico capitalista e, ao mesmo tempo, limita o poder do capital, por meio do reconhecimento de direitos aos trabalhadores, e, em razão desta sua segunda postura, é criticado, sob o argumento de ser ideológico, ultrapassado, burocrático, conservador, e de constituir um entrave ao crescimento econômico.

O objetivo geral do artigo é demonstrar que o uso estratégico do Direito do Trabalho desconstrói os instrumentos de proteção social, fragiliza os sindicatos, e, consequentemente, diminui a capacidade de resistência da classe trabalhadora. Em especial, analisa-se o uso da terminologia da Economia para a adoção de uma ideologia homogênea, a saber, a "ultraliberal", com vistas a alterar a legislação e influir na modificação da jurisprudência, e cujas consequências seriam a redução da proteção social, o aumento da pobreza e da desigualdade social, além da fragilização da estrutura sindical. Analisa-se, ainda, como o forte impacto social decorrente de desastre natural, epidêmico, força maior ou da ação humana (guerras e poluição) pode ser utilizado como oportunidade para implementar a política do desastre cujo efeito é o agravamento das condições de vida da população.

O tema em questão tem relevância acadêmica, em razão da exiguidade de estudos doutrinários sobre a influência do *lawfare* no âmbito do Direito do Trabalho, embora haja farta doutrina sobre a matéria no âmbito da política. Na esfera social, o tema contribui para o entendimento de como a terminologia utilizada pelo sistema capitalista opera para evidenciar como o uso estratégico do direito tem causado o empobrecimento da população.

O artigo se estrutura em 05 (cinco) seções. A primeira aborda o conceito e o significado do *lawfare.* A segunda analisa as técnicas utilizadas para a implementação do *lawfare*. A terceira apresenta o conceito e as dimensões do Direito do Trabalho, bem como discute o fenômeno da deslocalização produtiva. A quarta aborda o *Lawfare* aplicado ao Direito do Trabalho. Finalmente, trata das consequências do *lawfare* no Direito do Trabalho.

## 2 *LAWFARE:* SIGNIFICADO, CONCEITO

A palavra *Lawfare* é composta pelos termos *law* e *warfare* que, segundo o Dicionário Cambridge (*Cambridge Dictionary)*, significam, respectivamente,

direito e guerra, ou seja, os vocábulos se referem a estratégia por meio da qual o direito é utilizado como técnica de guerra.

O *lawfare* tem como perspectiva o uso de "violência na lei", em "analogia ao termo *warfare"*, que é o "Estado de Guerra", o que leva ao uso das "teorias de guerra em três dimensões", a saber: "a geografia" ("jurisdição"), "o armamento"("jurisprudência") e os "fatores externos" ("a mídia", "a linguagem", "a captura do Estado pelas corporações"), conforme John Comaroff (2016).

O termo *lawfare* alcançou repercussão mundial, em razão de artigo de Charles J. Dunlap Junior, *Lei e Intervenções Militares: preservando valores humanos nos conflitos do século XXI* (*Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*) preparado para a Conferência "Desafios Humanitários sobre Intervenção Militar" (*Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference)*, em 29 de novembro de 2001.

Neste artigo, o citado doutrinador alude ao uso da legislação, em especial, a internacional, como forma de organizações não militares, ou até mesmo outros Estados, prejudicarem as ações militares dos Estados Unidos. Nessa perspectiva, o *lawfare* seria o uso da lei pelos fracos contra os mais fortes.

Inicialmente, Charles J. Dunlap Junior (2001, tradução nossa) definiu *lawfare* como "um método de guerra no qual a Lei é utilizada como arma para se atingirem objetivos militares"[3], mas, posteriormente, revisou o conceito, esclarecendo que o *lawfare* poderia ser usado contra ou a favor de ações militares, o que o levou a afirmar que o *lawfare* era "o uso da Lei como meio de realizar o que poderia, de outra forma, exigir a aplicação da força militar tradicional" [4]. (DUNLAP JUNIOR, 2017, p. 9). Ou seja, usa-se a lei em substituição às armas militares.

Para Charles J. Dunlap Junior (2001), o uso do Direito foi justificado pela globalização e necessidade de conferir segurança às transações comerciais internacionais, na perspectiva de que elas exigem condições mínimas para a proteção contratual, reivindicações de propriedade intelectual e outros direitos conexos a essas transações.

O uso do *lawfare*, de acordo com Richard Falk (2015), pode ser positivo ou negativo. Em seu aspecto positivo, seria utilizado como medida para assegurar a paz, a justiça e a dignidade humana, impondo responsabilidades a líderes dos Estados soberanos para a solução pacífica dos conflitos. Já o uso

[3] A method of warfare where Law is used as a means of realizing a military objective.

[4] The use of law as a means of accomplishing what might other wise/otherwise require the application of traditional military force.

negativo, refere-se à utilização abusiva de direitos para atingir fins não compatíveis com a justiça, com o fito apenas de desestabilização do inimigo, das políticas públicas ou até mesmo para a obtenção de interesses egoísticos contrários aos humanitários, ou seja, a obtenção de vantagens estratégicas.

Richard Falk (2015) esclarece que o *lawfare* também pode ser utilizado com o objetivo de impulsionar empreendimentos particulares. Nesse sentido, ele se referiria ao uso da lei sob a forma de "geopolítica de poder suave" (*soft power geopolitics*), ou forma de "guerra assimétrica" (*asymmetric warfare*). O termo *lawfare*, conforme o mesmo autor, pode ter uma conotação mais neutra e instrumental, ou seja, a lei pode ser utilizada como forma de obter ou coibir resultados da política.

Em consonância com o escopo do presente trabalho, entende-se que *lawfare* corresponde à utilização do Direito de forma estratégica, com o objetivo de eliminar ou fragilizar a capacidade de resistência das forças contrárias ou contrapostas aos interesses daqueles que a utilizam apenas como estratégia. Tais objetivos podem ser positivos, negativos ou neutros, a depender do escopo humanitário, egoístico ou da conjugação dos dois elementos anteriores, acrescentando que nem sempre o escopo do *lawfare* é militar, vez que pode ser utilizado até mesmo para objetivos econômicos e políticos.

## 3 TÉCNICAS UTILIZADAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO *LAWFARE*

O *lawfare* pode ser utilizado por grandes corporações em desfavor de pessoas que, de alguma forma, sejam empecilho para a continuidade dos propósitos econômicos dessas associações (JOHN COMAROFF, 2016). Também pode ser um instrumento eficaz para a implementação da "agenda neoliberal".

Por meio da ideologia "ultraliberal"[5], segundo Alain Supiot (2014), preconiza-se a ideia de "infalibilidade dos mercados financeiros", como pretexto para reduzir a intervenção protetiva do Estado na economia, garantindo a liberdade econômica e desregulamentando as relações sociais. Se necessário, até mesmo o uso de armas seria utilizado para assegurar essa liberdade econômica, tal como ocorreu no Chile em 1973.

[5] Esclarece Alain Supiot (2014) que o "ultraliberalismo" pretendeu eliminar o regime anterior social (Welfare State). No plano econômico, adotou a denominação neoliberalismo com o restabelecimento da liberdade do mercado. Por seu turno, no âmbito internacional, adotou o termo neoconservadorismo, que significa a imposição dessa política neoliberal de forma global, ainda que fosse necessário o uso da força, como ocorreu no Chile, com o governo de Augusto Pinochet, entre 1973 a 1990, que implementou uma política liberal econômica de forma imposta e de maneira agressiva.

O "ultraliberalismo" ainda pode ser implementado mediante outras estratégias, dentre as quais o *lawfare* que pode ser adotado, inclusive, no contexto do denominado capitalismo do desastre, com apoio da doutrina do choque, estudados por Naomi Klein (2008).

No contexto do capitalismo do desastre, como anota Naomi Klein (2008), as alterações legislativas e as modificações dos entendimentos jurisprudenciais, assim como das políticas públicas, podem ser implementadas no âmbito nacional ou internacional, em razão de fenômenos naturais (enchentes, furacões, tsunamis) ou de desastres provocados pelo homem (guerras, poluição ambiental, desmatamento), que causam medo mas acabam, de certo modo, justificando para a sociedade as modificações feitas. Outrossim, em caráter complementar, a doutrina do choque serve para implementar estas mudanças radicais decorrentes da ação do homem ou da natureza, de modo rápido, durante o período dos efeitos provocados pela catástrofe.

Acresça-se que estas alterações podem ser colocadas para o público, por meio de uma mídia atuante, ou mesmo por meio de *fake news*, mediante forte conotação moral, no sentido de que seriam temporárias. Todavia, com o passar do período conturbado, estas mudanças podem persistir por longo tempo, ou mesmo se tornarem permanentes (KLEIN, 2008).

Jesse Souza (2020) realça que o uso estratégico do direito pela imprensa importa a distorção da realidade, isolando e fragmentando os fatos de modo a esconder a realidade e com o fito de construir um discurso favorável às alterações legislativas. Para este autor, a mídia é um instrumento eficiente para justificar toda forma de exploração econômica e de desigualdade social, como se fossem algo natural e inerente às pessoas.

Por seu turno, Branko Milanović (2020) assevera que a mídia propaga a concepção de que o acúmulo de riquezas deve nortear a vida das pessoas, e isto faz com o que ser humano se torne digno de respeito e consideração pelo que tem e não pelo que é. Isto, conforme Alain Supiot (2014) é o denominado "efeito Mateus", em alusão ao texto bíblico que prescreve: "[...] porque àquele que tem, se dará, e terá em abundância; mas àquele que não tem, até aquilo que tem lhe será tirado." (Mt, 12 *a* TJS Mt. 13:10–11, Novo Testamento).

Uma das táticas oriundas do *lawfare* é a escolha do juízo conveniente para o julgamento de determinadas demandas, seja pela escolha do direito a ser aplicado, seja pela do órgão competente para o julgamento da demanda para atender a interesses específicos, o que é denominado *forum shopping* (ZANIN MARTINS; ZANIN MARINS; VALIM, 2019). Para os autores, muitas vezes, o deslocamento da competência e a escolha da legislação aplicável são fatores decisivos para assegurar a vitória em determinada demanda.

Em relação ao Direito do Trabalho, a escolha do foro competente é realizada por meio do deslocamento produtivo.

## 4 DIREITO DO TRABALHO: CONCEITO, DIMENSÕES E FENÔMENO DA DESLOCALIZAÇÃO PRODUTIVA

O Direito do Trabalho, conforme Cleber Lúcio de Almeida (2017), é o ramo do Direito que reúne e determina normas que orientam a relação de trabalho subordinado, tutelando a pessoa humana trabalhadora com vistas à garantia dos valores inerentes à dignidade humana, à justiça social, cidadania e à democracia.

Para o supracitado autor, o trabalho humano atua, dentre outras, nas dimensões econômica, social e psicológica. A dimensão econômica diz respeito ao acesso do trabalhador aos bens necessários às necessidades próprias e familiares, a redução das desigualdades e da marginalização. Em sua dimensão social, o trabalho compreende um meio de "integração social". A dimensão psicológica está relacionada aos afetos, ou seja, ao reconhecimento perante a sociedade, à noção de pertencimento, bem estar e realização pessoal. Não se olvide, também, que o trabalho é um mecanismo ou instrumento de participação política e de exercício de cidadania.

Outrossim, a finalidade do Direito do Trabalho é "tutelar e promover a dignidade humana" (ALMEIDA, 2017, p. 24), assegurando um patamar mínimo humanizante para a vida digna.

Segundo Gerardo Pisarello (2003), somente com um trabalhador consciente de seu papel de cidadão pode-se construir um Direito do Trabalho mais efetivo, cujo foco não seja financeiro, mas social no intuito de promover uma cidadania participativa e igualitária.

Assim, a fonte material para a alteração da legislação trabalhista deveria ter como escopo assegurar a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores (*caput* do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e não de promover o rentismo e o acúmulo de riquezas.

Na atualidade, o Direito do Trabalho vem sendo alterado sob o pretexto de tornar-se competitivo, diante da possibilidade de deslocamentos das atividades econômicas.

As empresas buscam a legislação mais favorável aos seus interesses econômicos, formando o denominado "mercado mundial de regras", fenômeno que, segundo Antoine Jeammaud (2001), acirra a competição entre os países pelo rebaixamento da proteção social para atrair investimentos. Isto, porque com a globalização comercial, as fronteiras econômicas entre os

países são estreitadas. Explica-se: uma indústria automobilística, por exemplo, pode mandar produzir suas peças em diferentes localidades como Índia, China, México e Argentina, e apenas montar o automóvel no Brasil. Nada impede, contudo, que em razão dos altos custos da montagem relativos aos tributos e à mão de obra no Brasil, que esta indústria seja posteriormente transferida para outro país onde o custo da mão de obra e os tributos são mais baixos.

O Direito do Trabalho exerce, segundo Antoine Jeammaud (2001), dois efeitos sobre a globalização: o efeito de nível e o de fronteira. Para o autor, o efeito de nível ocorre em países com padrões de proteção social diversos e práticas ilegais, como o trabalho clandestino ou infantil, que acarretam diferentes níveis de custos trabalhistas. Por seu turno, o efeito de fronteira influencia os diversos padrões sociais nas relações de trabalho estabelecidas entre trabalhadores contratados no exterior para desenvolverem atividades nas empresas transnacionais ou multinacionais.

Antoine Jeammaud (2001) esclarece que esses efeitos tendem a extinguir os empregos que exigem menos qualificação nos países com legislação mais protetiva, e assim, acirrar a competição entre os Estados, para angariar o maior número possível de unidades produtivas em seus territórios, ou seja, provocam uma acirrada competição ou guerra entre os Estados, para atrair investimentos financeiros.

O capital, assim, escolhe, por meio do deslocamento de empresas, não só a legislação, mas, também o foro que irá processar e julgar os conflitos em consonância com os seus interesses.

## 5 *LAWFARE* APLICADO NO DIREITO DO TRABALHO

O *lawfare*, por meio da propaganda midiática, é utilizado duplamente: como técnica de convencimento da necessidade da alteração ou supressão da legislação protetiva, e de elaboração da lei, removendo a proteção social característica própria e inerente ao direito do trabalho.

O uso estratégico do direito substitui a guerra por palavras (CARLSON; YEOMANS, 1975). Há uma clara colonização da linguagem do direito do trabalho pela da economia, com o uso de terminologia como colaboradores, parceiros (*partners*) e time (para se referir à equipe), como forma de abrandar ou suavizar a subordinação ou dependência econômica do contrato de trabalho, ou como forma de esconder uma relação de emprego, além de incutir a ideia de pertencimento do trabalhador à empresa (BRONSTEIN, 2006; CASAGRANDE, 2018; GAULEJAC, 2007).

Não se pode ignorar que o *lawfare* é mais uma ferramenta para permitir a hegemonia e permanência do sistema capitalista extrativo, em conjunto com um feixe complexo de instituições de cunho político, jurídico e econômico, todas unidas por meio do discurso que emerge da linguagem universal do sistema capitalista baseada no lucro (MILANOVIĆ, 2020).

As estratégias utilizadas para o rebaixamento da proteção social e criação do "mercado mundial de regras" são a propaganda midiática e a hegemonia da ideologia "ultraliberal".

O Papa Francisco esclarece que há uma campanha publicitária no sentido de que os direitos sociais, em especial os trabalhistas, impedem o crescimento econômico, inclusive, há discursos remetendo os direitos trabalhistas à Carta do Trabalho (*Carta Del Lavoro)* como se tais direitos fossem retrógrados, esquecendo que estes direitos podem representar uma grande contribuição para a sociedade e para o próprio capitalismo, que necessita de consumidores para continuar existindo. (IGREJA CATÓLICA, 2019).

A repulsa aos direitos sociais, de acordo com Valdete Souto Severo (2016), decorre da própria função paradoxal desses direitos. Para a autora, os direitos sociais revelam as contradições do sistema capitalista, em razão da natureza dúplice desses direitos. Explica-se: as normas de proteção social, ao mesmo tempo que "sustentam" o sistema, também o "tencionam", ou seja, contribuem para a exploração, mas também para a "transgressão" desse sistema.

Assim, as mudanças que vêm sendo feitas no Direito do Trabalho têm por objetivo mudar o conteúdo genético desse ramo, retirando a proteção do trabalhador e deslocando a atenção para o crescimento econômico.

## 6 CONSEQUÊNCIAS DO *LAWFARE* NO DIREITO DO TRABALHO

Alguns dos efeitos da adoção do *lawfare* são o empobrecimento da população e a criminalização da pobreza, com o encarceramento de pobres e negros, com o fito de mascarar o desemprego e a segregação social (COMAROFF, 2016).

O Papa Francisco realça a banalização e a naturalização da pobreza, como fatores que explicam o surgimento da concepção de que a condição de rico e pobre é inerente à seleção natural e darwinista dos mais aptos, em detrimento dos mais fracos, relegando a segundo plano o fato de que a condição de nascimento das pessoas, muitas vezes, é o fator determinante da condição social. (IGREJA CATÓLICA, 2019).

Ainda, segundo o Papa Francisco, os Estados vêm renunciando à função primordial de assegurar o bem do povo, omitindo-se de atuar de forma efetiva

na defesa dos direitos dos seus cidadãos, o que abre brecha para o aumento das desigualdades sociais e acirra, cada vez mais, a distância entre os mais ricos e os mais pobres[6]. Para o Pontífice, a propagação dessa ideologia de segregação é forma de "violência camuflada", contra os mais necessitados. (IGREJA CATÓLICA, 2019).

Outra consequência decorrente do *lawfare*, no Brasil, diz respeito à propaganda midiática de apoio à extinção da Justiça do Trabalho, sob o argumento de que ela é cara e dispendiosa, mesmo quando o Poder Judiciário não tem fins lucrativos, olvidando-se, entretanto, de que a Justiça do Trabalho é a mais célere instituição da organização judiciária nacional[7], ou talvez, a omissão seja proposital e faça parte da estratégia.

Na realidade, esta estratégia de extinguir a Justiça do Trabalho não guarda real seriedade, haja vista que a proposta deveria ser feita pelo próprio Poder Judiciário, nos termos do art. 96, II, "b", "c" e "d", da CRFB/1988, o que não ocorreu. Busca-se com esse discurso, na realidade, o enquadramento da jurisprudência trabalhista aos interesses "ultraliberais", com a mudança de paradigma das interpretações jurisprudenciais, retirando das decisões judiciais o enfoque social, para concentrá-lo no econômico.

A forte influência das ideologias econômicas no plano jurisprudencial já pode ser percebida nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, vale citar que o Ministro Luiz Fux, por exemplo, reconhece-se como defensor da denominada "Escola da Análise Econômica do Direito". Por este ângulo, em acórdão exarado no INQ 4435/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, no qual se fixou o entendimento de que compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, a escolha ideológica do Min. Luiz Fux ficou evidente, no que diz respeito à análise do Direito sob a ótica da Economia. (BRASIL, 2019a).

---

[6] Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019, p. 29) "a desigualdade na distribuição de rendimentos do trabalho principal da população ocupada, considerando a razão entre o topo da distribuição dos rendimentos (10% maiores) com a base da distribuição (40% menores) sofreu oscilações e finalizou a série consolidando uma tendência de alta".

[7] De acordo com os dados do Relatório Justiça em Números de 2019 com dados de 2018: "Quanto ao Índice de Atendimento à Demanda (IAD), o indicador global no Poder Judiciário alcançou 113,7% no ano de 2018, culminando em redução do estoque em 936 mil processos. Pela primeira vez na última década, todos os ramos de justiça superaram o patamar mínimo desejável de 100% no IAD, com destaque para a Justiça do Trabalho, que baixou 125,8% dos casos novos e com todos os 24 TRTs registrando índices acima de 100%. A Justiça Estadual possui tanto o menor quanto o maior indicador dentre os 90 tribunais, com 66,8% no TJPE e 199,1% no TJAM." (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, p. 2019, p. 95).

Acredita-se que, também na esfera trabalhista, a escolha ideológica em prol da Economia está prevalecendo no STF. Nesse sentido, cumpre esclarecer que parte dos argumentos que fundamentaram a licitude da terceirização em atividade-fim das empresas foi pautada em critérios econômicos, estratégicos e de administração, conforme se verifica do julgamento do RE 958252 / MG (BRASIL, 2019b).

Por seu turno, o Min. Ricardo Lewandowski, no INQ 4435/DF supra citado, criticou a utilização do entendimento defendido pela "Escola da Análise Econômica do Direito", pois, no entendimento deste Ministro, essa escola confere uma visão utilitarista ao Direito, com forte apelo e associação à "moral utilitária", à "Filosofia" e à "Ética". (BRASIL, 2019a).

Além da mudança de paradigma interpretativo, outra consequência decorrente dos poderes invisíveis é assegurar o esvaziamento da competência da Justiça do Trabalho, por meio de projetos legislativos. Nesse sentido, cumpre citar o Projeto de Lei n. 4.894/19, autoria de Nelson Bornier (2009), que possibilita ao empregado e ao empregador, desde que representados por advogados, celebrar acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral, por meio de escritura pública, prescindindo da homologação judicial.

Outra consequência, conforme Renato da Fonseca Janon (2020), diz respeito à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017(BRASIL, 2017), que, dentre outras alterações na legislação trabalhista, dificultou o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, por meio de condenações em honorários advocatícios, além de outros custos processuais, como o pagamento de honorários periciais. Tudo, sob os auspícios da propaganda midiática de que o Brasil, sozinho, contava com 98% das ações trabalhistas de todo o mundo[8], premissa esta que não contou com nenhum estudo científico algum, nem tampouco foi comprovada (CASAGRANDE, 2017).

À semelhança de uma guerra, o capital utiliza-se do medo de uma condenação em sucumbência para minar, neutralizar e impedir qualquer questionamento sobre o contrato de trabalho de forma judicial, de acordo com Renato da Fonseca Janon (2020).

Esclarece Cleber Lúcio de Almeida (2019) que a condenação em honorários advocatícios teve o objetivo de permitir que o trabalhador fosse condenado em sucumbência. Contudo, a reforma não visou a responsabilizar o empregador que não cumpre sua obrigação, haja vista que a alteração legislativa é omissa quanto à responsabilização do empregador na fase de

[8] Em palestra proferida, Luís Roberto Barroso (2017) afirmou que o Brasil, sozinho, contava com 98% das ações trabalhistas de todo o mundo.

execução, embora essa lacuna possa ser preenchida por uma interpretação sistemática com o Código de Processo Civil (CPC).

Além do medo de uma condenação judicial por sucumbência, Vicent de Gaulejac (2007) realça que os mecanismos gerenciais operam com "uma submissão livremente consentida" e retiram o conflito trabalhista do plano jurídico e reivindicatório e o transferem para o plano psicológico. Para o autor, são trabalhados os sentimentos de afetos do trabalhador no âmbito da empresa, com o estímulo à crença de que todos os problemas psicológicos, como a angústia, podem ser substituídos pela promoção, a ascensão de carreira no trabalho.

Os conflitos existentes entre capital e trabalho, segundo o mesmo autor, que outrora materializavam-se em lutas reivindicatórias, transmutaram-se em conflitos internos que são percebidos no plano psicológico com depressões, esgotamento físico, mental e profissional e outras enfermidades decorrentes das relações de trabalho desgastantes.

Nessa senda, os conflitos são retirados do Poder Judiciário e da esfera de controle sindical e passam a ser resolvidos individualmente, por cada trabalhador, ou seja, o indivíduo é "abandonado a si mesmo" e é empreendedor da própria sorte e sucesso (GAULEJAC, 2007).

Não se olvide, também, que o enfraquecimento das entidades sindicais e dos movimentos reivindicatórios e o incremento da liberdade individual também são uma consequência importante do *lawfare*.

Nesse sentido, as recentes reformas procedidas pela Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020 (BRASIL, 2020), tiveram o objetivo, em muitos casos, de restrição ou supressão de direitos trabalhistas, preconizando o predomínio da liberdade individual, em contraponto à CRFB/1988, ao instituir a possibilidade de o empregador acordar a redução proporcional da jornada e do salário, mediante acordo individual escrito (arts. 7º, II, e 12 da Lei n. 14.020/2020, por exemplo), quando a Constituição estatui, expressamente, a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo" (art. 7º, VI, da CRFB/1988). Esse é um exemplo do capitalismo de desastre e da aplicação da doutrina do choque, que tendem a se tornar definitivas.

De igual forma, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 (BRASIL, 2017), ao alterar o parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, [2020]), também previu o predomínio do negociado individualmente sobre o legislado, como o acordo individual de trabalho de livre negociação celebrado entre o empregador e o trabalhador denominado hipersuficiente. Tais leis ignoram que a adesão "voluntária" do trabalhador decorre da necessidade de sua manutenção no emprego e não de uma vontade livre e hígida.

O ataque à atuação sindical também é realizado por meio da fragilização de seu financiamento, como se verifica da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.

Importa salientar que o objetivo real do *lawfare*, como outros mecanismos utilizados pelo Capitalismo, é não só manter o *status quo*, mas também expandir o modo de pensar e os anseios das pessoas, como bem esclarece Branko Milanović (2020). O Capitalismo quer colonizar o pensamento e a vontade do ser humano.

Neste diapasão, com repercussões inerentes ao fenômeno da globalização, nada mais natural do que o direito do trabalho expandir os meios de regulamentação num nível global, eis que o capital não respeita fronteiras ou limites impostos por Estados.

Outrossim, as convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme Oscar Ermida Uriarte (2001), desempenham um papel importante no conjunto regulatório dos direitos trabalhistas no cenário internacional, por preverem condições mínimas para o trabalho. De igual forma, para o mesmo autor, as Cartas Sociais são uma opção para a construção de um ambiente internacional constituído por países signatários que visem a delinear um conjunto de direitos mínimos trabalhistas.

Oscar Ermida Uriarte (2001) realça a necessidade de implementação das cláusulas sociais, que, utilizadas no bojo de tratado ou acordo de natureza comercial, caso previstas e respeitadas pelas partes contratantes, evitam o *dumping* social e, ao mesmo tempo, proporcionam o gozo das vantagens previstas no instrumento objeto de acordo entre as partes. Para o autor, a utilização desta técnica comercial pode propiciar a desmercantilização dos direitos, ao utilizar uma técnica contratual própria do Capitalismo contra as táticas de lucro e a deslocalização do mesmo sistema (URIARTE, 2001).

Os códigos de conduta, de acordo com o mesmo autor, também seriam meio de proteção social, por meio dos quais as empresas transnacionais, tanto de forma unilateral quanto por negociação com os representantes dos trabalhadores poderiam adotar direitos sociais dentro de suas corporações.

Verifica-se, assim, que a solução contra o uso do *lawfare* no Direito do Trabalho, envolve mecanismos de âmbito internacional. Como aponta Cléber Lúcio de Almeida (2020), a resposta plausível contra o uso indiscriminado do *lawfare* é construir um direito do trabalho de segunda geração, no sentido, não só de ampliar as dimensões humanas, sociais e políticas do trabalhador, mas, acima de tudo, capacitar o ramo trabalhista para um caráter multinível, ou melhor, um direito universal, em que o ser humano seria o centro do processo e um fim em si mesmo. As soluções não seriam aferidas apenas no plano nacional, mas pela soma das legislações nacionais, internacionais e as

de direitos humanos. A solução envolve também a solidariedade e cooperação entre os Estados.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo versou sobre o uso do *lawfare* como estratégia para implementação da "agenda neoliberal" e redução da proteção social conferida aos trabalhadores.

O *lawfare* consiste no uso de técnicas de guerra, para fins militares e civis, que vem sendo utilizado pelos detentores do poder econômico, como forma de perpetuar o domínio no cenário nacional e internacional.

Ressalta-se que os adeptos da ideologia "ultraliberal" não medem esforços para adotar técnicas eficazes para a obtenção de objetivos direcionados unicamente ao lucro, notadamente as do Capitalismo do Desastre e as da Doutrina do Choque.

Com fins de implementar o *lawfare,* são utilizadas as seguintes técnicas: uso de propagandas midiáticas, apropriação da linguagem do Direito do Trabalho pela terminologia capitalista voltada para o lucro, e a propagação da hegemonia da ideologia "ultraliberal".

Como o artigo versa sobre o *lawfare* aplicado ao Direito do Trabalho, foram esclarecidas as dimensões deste ramo do Direito. Neste sentido, verifica-se que a finalidade do Direito do Trabalho é a proteção da pessoa do trabalhador, conferindo-lhe um caráter humanizante e assegurando a melhoria da qualidade de vida.

Atualmente, contudo, as reformas implementadas a partir de 2017, tiveram a finalidade de tornar o país competitivo no cenário internacional, ainda que tais modificações acarretem a redução da proteção social. Tudo para evitar a deslocalização produtiva e assegurar o crescimento econômico.

Neste diapasão, o uso estratégico do direito é aplicado em pontos chaves na sociedade com o objetivo de impor a ideologia ultraliberal, não só com armas, se necessário, mas com palavras para esta ideologia se tornar onipresente. Adota-se o lucro como fim único almejado pela sociedade, mesmo que seja por meio de métodos violentos de persuasão, ou por efeitos desastrosos de cataclismos naturais, em que os sentimentos negativos desencadeados servem para incutir medo para a implementação de reformas nas legislações e em entendimentos dos Tribunais, que, em situações normais, não seriam sequer pensadas.

Fica claro, assim, que o *lawfare* vem sendo utilizado no Brasil, em relação ao Direito do Trabalho, na medida em que tais alterações legislativas vêm

sendo procedidas, no sentido de retirar a competência da Justiça do Trabalho, dificultar o acesso à justiça e reduzir o poder de influência sindical.

Neste sentido, privilegia-se o negociado individualmente sobre o legislado. No meio jurídico, por sua vez, os entendimentos jurisprudenciais tendem a se nortear por diretrizes com base econômica, que dificultam o acesso à justiça ou permitem o deslocamento de competências, para privilegiar o capital. O resultado, é o empobrecimento da população e a criminalização da pobreza.

Em relação ao *lawfare*, como foi discutido, podem ser adotadas medidas de proteção não só no plano nacional, mas também pela soma das legislações nacionais, internacionais e de direitos humanos. Como medidas profiláticas podem ser citados o uso de Convenções da OIT, as cartas sociais, cláusulas sociais e os códigos de conduta. A solução envolve também a solidariedade e cooperação entre os Estados.

Por fim, o trabalhador deve ter consciência do seu papel de cidadão para enfrentar o *lawfare* de todas as formas, nas relações desenvolvidas na sociedade, com o sentimento de que solidariedade é enxergar o outro ser humano como igual em direitos e deveres, e não como massa de manobra, mera mercadoria.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de**. Direito processual do trabalho**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de**.** Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3 Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 235-256, jan./jun. 2015.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabello de. **A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Excesso de proteção ao trabalhador é um problema, diz Barroso. **Revista Consultor Jurídico**, 19 maio 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/excesso-protecao-trabalhador-problema-barroso#:~:text=Apesar%20de%20ter%202%25%20da,presidente%20da%20Riachuelo%2C%20Fl%C3%A1vio%20Rocha. Acesso em: 26 jun. 2019.

BORNIER, Nelson. **Projeto de Lei 4.894/2009**. Torna obrigatório a disponibilização do Código de Defesa dos Direitos do Consumidor, para consulta, pelos estabelecimentos comerciais e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427455. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***:* Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020***.* Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm#:~:text= Institui%20o%20Programa%20Emergencial%20de,decorrente%20do%20coronav%C3%ADrus%2C%20de%20que. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Quarto Agravo Regimental no Inquérito nº 4435/DF. Competência – Justiça Eleitoral – Crimes Conexos. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 ago. 2019a. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) Recurso Extraordinário nº 958.252 / MG - Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia com Repercussão Geral. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. **[...]** Relator: Ministro Luiz Fux, 30 ago. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico,** Brasília, 13 set. 2019b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false. Acesso em: 6 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em números de 2019 com dados de 2018**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRONSTEIN, Arturo. Retos actuales del derecho del trabajo**. Revista Latinoamericana de Derecho Social**, n. 2, Enero/Junio, p. 3-54, 2006. Disponível em: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9443/11481. Acesso em: 2 ago. 2020.

Cambridge Dictionary. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CARLSON, John; YEOMAN, Neville. Whither goeth the law: humanity or barbarity. *In*: SMITH, Margareth; COSSLEY, David (ed.). **The Way out**: Radical alternatives in Australia. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: http://www.laceweb.org.au/whi.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

CASAGRANDE, Cássio. **A lição de Henry Ford**: empregado não é colaborador, é empregado: uma reflexão para quem quer negar o inafastável conflito de classe no Direito do Trabalho. [*S. l.*]: Jota, 2018. Disponível em: http://www.dmtemdebate.com.br/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado/. Acesso em: 2 ago. 2020.

CASAGRANDE, Cassio. **Brasil, "campeão de ações trabalhistas"**: como se constrói uma falácia. [*S. l.*]: Diário do Centro do Mundo, 27 de junho de 2017. Disponível em: https://www.diariodocentrodomundo.com.br/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-como-se-constroi-uma-falacia-por-cassio-casagrande/. Acesso em: 26 jun. 2019.

DUNLAP JUNIOR, Charles. **Law and military interventions**: preserving humanitarian values in 21st conflicts. Washington: Kennedy School of Government, Harvard University, 2001.

DUNLAP JUNIOR, Charles. *Lawfare* 101: a primer. **Military Review**, May-June 2017. Disponível em: https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/English/MilitaryReview_20170630_*Lawfare*-101.pdf. Acesso em: 2 ago. 2020.

FALK, Richard. Positive and negative forms of '*lawfare*'. **Foreign Policy Journal**, 24 Fev. 2015. Disponível em: https://www.foreignpolicyjournal.com/2015/02/24/positive-and-negative-forms-of-*lawfare*/. Acesso em: 2 ago. 2020.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução de Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007. (Coleção Management 4) Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908461/mod_resource/content/0/Gaulejac%202007%20Gest%C3%A3o%20como%20doen%C3%A7a%20social.pd. Acesso em: 1 ago. 2020.

IGREJA CATÓLICA. **Discurso del Santo Padre Francisco en la cumbre de Jueces panamericanos sobre derechos sociales y doctrina franciscana:** Casina Pío IV. Vaticano: Do Autor, 2019. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html. Acesso em: 30 jul. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD:** Divulgação especial: medidas de subutilização da força de trabalho no Brasil, 1º trimestre de 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 15 maio 2020. Disponível em: Indicadores ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional _por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Novos_Indicadores_Sobre_a_Forca_de_Trabalho/pnadc_202001_trimestre_novos_indicadores.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estudos e pesquisas informação demográfica e socioeconômica número 40**: síntese de indicadores sociais uma análise das condições de vida da população brasileira 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf. Acesso em: 02 ago. 2020.

JANON, Renato da Fonseca. **Labour *Lawfare***: o uso da lei como estratégia de dissuasão. [São Paulo]: Justificando Mentes inquietas Pensam Direito, 22 jan. 2020. Disponível em: https://www.justificando.com/2020/01/22/labour-*lawfare*-o-uso-da-lei-como-estrategia-de-dissuasao/. Acesso em: 30 jul. 2020.

JEAMMAUD, Antoine. La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro. *In*: SCARPONI, S. (ed.). **Globalizzazione e diritto del lavoro**. Giuffrè, Milano, 2001, p. 55.

JOHN COMAROFF explica *lawfare*. [Harvard]: [*s. n.*], 2020. 1 Vídeo (21:27 mim). Publicado por A verdade de Lula. Disponível em: https://www.youtube.com/wath?v=sk CRotOT1Lg. Acesso em: 11 ago. 2020.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

MATEUS. *In*: Bíblia. São Paulo: Paulinas, 2010.

MILANOVIĆ, Branko. **Capitalismo sem rivais**: O futuro do sistema que domina o mundo. Tradução de Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Todavia, 2020. *E-book.*

PISARELLO, Gerardo. La Renta Básica como derecho y como contrapoder. **El Vuelo de Icaro: Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economia**, v. 3, 2003. Disponível em: http://www.redrentabasica.org/rb/rrbantigua_108/. Acesso em: 30 jul. 2020.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientação para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em:01 ago. 2020.

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho**: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil São Paulo: Ltr, 2016. *E-book.*

SOUZA, Jesse. **A guerra contra o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020. *E-book.*

SUPIOT, ALAN. Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras?. **Tempos Históricos**, v. 17, 1º Sem., p. 157-169, 2013. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6798467.pdf. Acesso em: 2 ago. 2020.

SUPIOT, Alan**. O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

URIARTE, Oscar Ermida. **Derechos laborales y comercio internacional**. Ponencia presentada al 5º Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001. Disponível em: https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2011/06/derechos-laborales-y-comerciointernaconal-oscar-ermida.pdf . Acesso em: 2 ago. 2020.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. ***Lawfare***: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. *E-book.*

# MÍNIMO EXISTENCIAL, MÍNIMO ISENTO E COMPARAÇÃO BRASIL-ESTADOS UNIDOS QUANTO ÀS DEDUÇÕES PESSOAIS NA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA

# EXISTENTIAL MINIMUM, EXEMPT MINIMUM AND A COMPARISON BRAZIL-UNITED STATES REGARDING PERSONAL EXEMPTIONS IN LEGISLATION ABOUT INCOME TAX OF INDIVIDUALS

Janaina Santos Curi[1]
Marciano Seabra de Godoi[2]

**RESUMO:** A partir de revisão bibliográfica, pesquisam-se as diferenças entre mínimo existencial e mínimo isento na doutrina brasileira para, na sequência, apresentar os mecanismos pelos quais o mínimo isento é implementado na legislação brasileira do imposto sobre a renda da pessoa física. Utilizando o valor do salário-mínimo e outros parâmetros, são comparados os sistemas brasileiro e estadunidense quanto a deduções na base de cálculo e no imposto devido relacionadas à ideia de intributabilidade de um mínimo de rendimentos. Os resultados sugerem que não há um *design* tributário obrigatório para

[1] Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e bolsista da CAPES. Advogada. Pós-Graduação em Direito dos Contratos pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Integrante do grupo de pesquisas Direito e Política Financeira-Tributária. E-mail: janainacuri@outlook.com

[2] Doutor em Direito Financeiro e Tributário (Universidade Complutense de Madri) e Mestre em Direito Tributário (UFMG). Pós-doutorado bolsa Capes (Universidade Autônoma de Madri). Professor do PPGD PUC Minas. E-mail: m.godoi@rolimvlc.com

a proteção da capacidade contributiva e do mínimo existencial, sendo que as deduções pessoais nos Estados Unidos específicas para gastos com saúde e educação, ao contrário do que ocorre no Brasil, somente alcançam a classe média, não estando disponíveis para os estratos superiores de rendimento.

**Palavras-chave:** Deduções. Imposto sobre a renda. Mínimo isento.

**ABSTRACT:** Based on a bibliographic review, we investigate the differences between an existential minimum and an exempt minimum in Brazilian doctrine in order to present the mechanisms by which the minimum exempt is implemented in the Brazilian legislation on personal income tax. Using the value of the minimum wage and other parameters, we compare the deductions and tax credits related to the idea of a minimum income exemption in Brazilian and US systems. The results suggest that there is no mandatory tax design to protect the ability to contribute principle and the existential minimum, and that the personal deductions in the United States related to health and educational expenses, contrary to what occurs in Brazil, only benefit the middle class, not being available for the higher income stratum.

**Keywords**: Deductions. Income tax. Personal exemption.

## 1 INTRODUÇÃO

Há consenso na doutrina brasileira acerca da existência de um núcleo essencial de rendimentos que deve ser protegido da tributação. É a ideia central do que se tem convencionado denominar na doutrina brasileira de mínimo existencial ou mínimo vital. Essas expressões se relacionam com, mas não são sinônimas da expressão mínimo isento. O artigo busca delimitar os elementos que diferenciam essas noções e compreender suas implicações no âmbito do debate acerca da pertinência das deduções de despesas com saúde e instrução da base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa física.

A discussão acerca da dedutibilidade de despesas da base de cálculo do IRPF não é recente, mas tem ganhado mais atenção em razão da retomada do tema da reforma tributária e de constantes declarações de integrantes do Ministério da Economia nos anos de 2019 e 2020 no sentido de que o Executivo federal cogita limitar ou mesmo extinguir referidos benefícios fiscais (CORRÊA, 2019; BARBOSA; HESSEL, 2020).

Após breve delimitação dos conceitos de mínimo existencial e mínimo isento, expõem-se as isenções e os mecanismos de dedução da base de cálculo e do imposto devido previstos na legislação brasileira e estadunidense

referentes ao imposto sobre a renda da pessoa física, de modo a fazer comparações que possam ser úteis no contexto do debate de possíveis reformas na legislação brasileira.

## 2 MÍNIMO EXISTENCIAL E MÍNIMO ISENTO

Ávila (2010, p. 331-403) sustenta que o princípio da dignidade humana constitui limitação ao poder de tributar e resulta na proibição de tributação do mínimo existencial. Sem, contudo, definir o que caracteriza esse mínimo existencial, ressalva que o princípio deve orientar o aplicador do direito em suas decisões hermenêuticas, mas não é "o" critério de aplicação das normas jurídicas. O autor trata do tema da capacidade contributiva dentro da seção do princípio da dignidade humana e, comentando sua aplicação ao imposto sobre a renda, assevera que não deve ser tributada a parcela da renda do contribuinte que se destine à manutenção da dignidade humana e da família.

Mizabel Derzi, atualizando a obra de Baleeiro (2010, p. 918), destaca que a capacidade do contribuinte de concorrer, a título de tributo, para as despesas do Estado "somente se inicia após a dedução de todos os custos e gastos necessários à aquisição, produção e manutenção da renda em sentido lato", sob pena de imposição de tributação de caráter confiscatório. Em se tratando da tributação sobre a renda, portanto, não deve o legislador ignorar os gastos necessários à criação, educação e plena assistência devida aos filhos. Na mesma linha, Leonetti (2002, p. 236) define o princípio da capacidade contributiva como a exigência de que a carga tributária do contribuinte seja compatível com sua aptidão de pagar tributos, de modo a não comprometer a sua subsistência pessoal e de sua família, aproximando-o do princípio da vedação ao tributo confiscatório.

Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 173-175) apresenta dois espectros do princípio da capacidade contributiva. Em seu viés objetivo ou absoluto, corresponde à dicção do art. 145, §1º, da Constituição (BRASIL, [2016]) que impõe ao legislador a determinação dos fatos que ostentam sinal de riqueza. Sob o viés subjetivo ou relativo, por sua vez, a capacidade contributiva se aproxima do princípio da igualdade e representa a repartição da carga tributária de acordo com o "tamanho econômico do evento".

Ricardo Lobo Torres estudou o direito ao mínimo existencial de forma sistemática e monográfica em duas obras: a primeira publicada em 1989 na forma de um longo artigo de periódico (TORRES, 1989) e a segunda publicada em livro vinte anos depois (TORRES, 2009). A postura geral e as linhas-mestras em ambos os estudos são as mesmas, e podem ser assim sintetizadas:

- o direito ao mínimo existencial é um direito fundamental "pré-constitucional" (TORRES, 1989, 32) que consiste no direito a condições materiais mínimas que permitam ao seu titular e seus dependentes uma existência humana digna (TORRES, 2009, p. 35-37);

- o direito ao mínimo existencial tem uma dupla face (TORRES, 1989, p. 35): por um lado, consiste em direito de resistência do seu titular contra indevidas interferências estatais (dimensão negativa, "status negativus", como se dá com as imunidades tributárias); por outro lado, consiste no direito a prestações materiais (na área da educação, saúde, assistência social etc.) por parte do Estado ("status positivus libertatis") TORRES, 2009, p. 241-271;

- o direito ao mínimo existencial não é uma questão de promover justiça social e sim uma questão de proteger a liberdade individual dos cidadãos, no sentido de que, sem o mínimo existencial, faltam as condições reais para o exercício efetivo da liberdade (TORRES, 1989, p. 30; TORRES, 2009, p. 139-143);

- os direitos econômicos e sociais (direito à educação, alimentação, moradia, saúde, assistência, previdência social etc.) não são "verdadeiros" direitos fundamentais; somente adquirem essa condição de direitos fundamentais ou se "metamorfoseiam em direitos fundamentais" (TORRES, 2003) "no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive" (TORRES, 1989, p. 33); acima deste mínimo, os direitos econômicos e sociais não são direitos fundamentais e sim normas "meramente programáticas" que dependem "integralmente" da concessão do legislador e de uma conjuntura financeira favorável que permita sua realização sem colocar em risco o equilíbrio orçamentário e a responsabilidade fiscal (TORRES, 1989, p. 44; TORRES, 2009, p. 271-279);

- o direito ao mínimo existencial protege seu titular contra a indignidade humana da "pobreza absoluta" e, neste sentido, é uma questão de proteção da liberdade; a proteção contra a "pobreza relativa", ligada aos direitos sociais e econômicos, não diz respeito ao mínimo existencial ou a direitos fundamentais mas é um problema de "redistribuição de bens", a ser combatido "sob a reserva do possível", na medida em que se mostrem favoráveis as possibilidades sociais e orçamentárias da conjuntura (TORRES, 1989, p. 30).

Lobo Torres assim se manifesta sobre a parcela da renda do contribuinte protegida da incidência do IRPF como imunidade:

> O imposto de renda não incide sobre um mínimo imprescindível à sobrevivência do declarante, nem sobre as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta. Cuida-se de imunidade do mínimo existencial, embora apareça na lei ordinária, posto que materialmente remonta às fontes constitucionais.

> Em todos esses casos estamos diante da proteção negativa do mínimo existencial assegurada pelo mecanismo da imunidade. Pouco importa que na legislação ordinária apareça sob o rótulo de isenção. Pois o que caracteriza verdadeiramente a imunidade, ao contrário do que pensam os positivistas, não é a fonte formal e imediata de que promana, mas a circunstância de ser um predicado dos direitos da liberdade e de ter um fundamento pré-constitucional. (TORRES, 1989, p. 36).

Moraes (2016, p. 83) e Oliveira (2019, p. 79-81) se ancoram no entendimento de Ricardo Lobo Torres e vinculam o mínimo existencial às condições iniciais para o exercício da liberdade, numa uma perspectiva mais afeita aos direitos econômicos e sociais. Dessa forma, o mínimo existencial tem posição central no ordenamento jurídico e irradia seus efeitos para todos os âmbitos do direito, incluindo o direito tributário – para o qual caracteriza-se como limite ao poder de tributar.

Se recorrermos à doutrina tributária espanhola, observa-se que há registro da utilização da expressão mínimo isento por autores como Fabo (1996, p. 38) e Millán (1999, p. 11-12). A opção terminológica aqui denuncia a compreensão do "mínimo isento" como vinculado especificamente ao direito tributário e, de fato, os autores mencionados enfatizam que se trata de um instituto autônomo do direito tributário que caracteriza consequência lógica do princípio da capacidade contributiva.

Sob a ótica de Millán (1999, p. 23-39), o princípio da capacidade contributiva tem as funções de pressuposto, limite e parâmetro da tributação. Como pressuposto, legitima a incidência do tributo, pois a ausência de capacidade contributiva ou a sua existência em um nível mais baixo impedem sua incidência. O princípio é também limite da tributação, porque nunca se poderá exigir mais do que a capacidade contributiva do sujeito permite e, por fim, é parâmetro ao exigir que os diferentes elementos de quantificação se articulem para respeitar a riqueza não suscetível de gravame fiscal.

Mota registra que a doutrina brasileira não diferencia a imunidade tributária referente ao mínimo existencial da desoneração tributária pelo critério da capacidade contributiva, fazendo com que isenção e imunidade sejam vistas como meros instrumentos para a concretização dos mesmos objetivos (MOTA, 2019, p. 134, 211-231). Por isso, haveria uma confusão entre as ideias de mínimo não imponível/isento/não tributável e mínimo existencial, dando espaço para a tese de que intangibilidade do mínimo existencial justificaria a ideia de mínimo não tributável da atividade da pessoa jurídica – questão que, na verdade, se relaciona com o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao tributo com efeito de confisco. Por isso, discorda de Torres

quanto à classificação das isenções do IRPF como imunidades (MOTA, 2019, p. 104-105, 259).

A nosso ver, o mínimo existencial pode ser protegido de diversas formas, seja positivamente, instituindo prestações assistenciais em espécie ou em pecúnia, ou negativamente, a exemplo das desonerações tributárias.

Os conceitos de mínimo existencial e mínimo isento se relacionam na medida em que o segundo corresponde à forma pela qual o primeiro se manifesta no âmbito da legislação tributária, especialmente do imposto sobre a renda da pessoa física. O mínimo isento também está ligado ao princípio da capacidade contributiva, visto que se determinado rendimento deve ser preservado para fins de atendimento às necessidades básicas do contribuinte e de seus dependentes, não se pode dizer que, em relação a tais rendimentos, o contribuinte manifesta capacidade contributiva.

## 3 CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA

Apesar da discussão terminológica, todos os autores mencionados acima reconhecem a elasticidade do conceito de mínimo isento e que sua quantificação é um desafio de natureza política e social. Sua definição depende das circunstâncias do país em determinado momento, podendo abranger inclusive necessidade espirituais. Isso não significa, contudo, que essa função caberia ao puro arbítrio do legislador, afinal, ainda que haja ampla margem de discricionariedade, é certo que ele está vinculado a critérios de razoabilidade que podem ser objeto de controle jurisdicional.

Analisando o cenário espanhol da década de 1990, Fabo (1996, p. 67-81) se propõe a utilizar a média dos salários sociais das Comunidades Autônomas[3] como parâmetro para a determinação do mínimo isento no âmbito do IRPF e destaca a importância da correção monetária dos valores previstos na legislação para a isenção. O autor também sustenta que a utilização de diversos benefícios fiscais, inclusive superpostos, no intuito de dar cumprimento ao mínimo isento no IRPF dificulta a verificação da sua adequação aos mandamentos constitucionais – ainda que não haja uma vedação para essa sistemática.

[3] O salário social é fornecido aos indivíduos que não alcancem níveis mínimos de renda e a proposta de Fabo é inspirada em doutrina do Tribunal Constitucional alemão que busca equiparar a quantia referente ao mínimo existencial às prestações sociais destinadas à garantia da subsistência. Ele reconhece a deficiência do sistema de prestações assistenciais da Espanha, mas argumenta que utilização da média aritmética dos salários sociais seria primeiro passo importante da concretização do mínimo isento no IRPF.

Para Millán (1999, p. 138-154), no entanto, a forma ou o elemento utilizado para concretizar o mínimo isento não são relevantes para que seja verificado o respeito ao princípio da capacidade contributiva. Assim, seja através de deduções da base imponível ou da utilização de alíquota zero para determinadas faixas, o respeito ao critério de justiça tributária deve ser avaliado a partir do conjunto normativo que compõe o tributo.

Oliveira (2019, p. 197-208), ao analisar a proteção ao mínimo existencial no direito tributário, argumenta que a dedução das despesas essenciais da base de cálculo seria o caminho mais adequado para a concretização do mínimo existencial no âmbito do direito tributário, descartando a aplicação de alíquota zero pois poderia ser majorada a qualquer tempo pelo legislador. Especialmente para o imposto sobre a renda, sugere a utilização de uma faixa de isenção. E, ainda que não se arrisque a definir valores, Oliveira sustenta que o mínimo existencial deveria levar em consideração o salário-mínimo – tendo em vista o disposto no art. 7º da Constituição – e o custo de vida da população de cada região do país, de acordo com "parâmetros definidos por organismos internacionais e nas pesquisas de custo de vida realizadas por instituições nacionais, a exemplo do DIEESE", (OLIVEIRA, 2019, p. 200) sem desconsiderar as condições econômicas do Estado. A variabilidade do custo de vida dependeria do tempo e o espaço e, assim, a internet pode ser considerada essencial em determinado país, mas não em outro.

Quem também recorre ao Dieese para a quantificação do mínimo existencial é Moraes (2016, p. 128-129), mencionando como outros possíveis parâmetros dados do IBGE – sem explicitar quais seriam e como isso poderia ser implementado – e pisos salariais de categorias profissionais, em razão da previsão dos incisos IV e I do art. 7º da Constituição da República.

Esta última hipótese parece ser problemática. Os contribuintes poderiam determinar a quantificação do próprio imposto a pagar, afinal, são eles quem compõem os conselhos profissionais. Ademais, conferiria competência tributária legislativa a quem não a possui e tampouco é responsável pela arrecadação do tributo ou dele se beneficia diretamente. Por fim, culminaria em mínimos isentos maiores para classes profissionais que tradicionalmente já são mais bem remuneradas – contrariando a lógica progressiva do IRPF.

Apesar de enfatizar a diferenciação entre imunidades e isenções, Mota também reconhece que o tratamento da intributabilidade do mínimo existencial pode se dar através de diversos mecanismos e técnicas legislativas. Mas destaca que, em se tratando de isenções atreladas à capacidade contributiva, esses mecanismos sujeitam-se à política fiscal governamental (MOTA, 2019, p. 259-262).

## 3.1 Questionamentos ao limite de dedução de despesas

Como exposto, não há na literatura uma definição acerca da obrigatória utilização de determinado arranjo tributário para que seja atendida a exigência contida na ideia do mínimo isento. No Brasil, contudo, a questão das deduções de gastos com saúde e educação da base de cálculo do IRPF têm sido objeto de questionamento, inclusive pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes (CORRÊA, 2019; FERRARI; RESSEL, 2019).

De um lado, defende-se que as despesas com educação devem ser limitadas por serem planejáveis e para que se evite o favorecimento das classes com mais rendimentos. O critério da previsibilidade faria com que despesas médicas fossem amplamente dedutíveis, inclusive quando relacionadas à aquisição de medicamentos (OLIVEIRA, 2019, p. 197-208).

Ocorre que a adoção da previsibilidade como critério para a determinação da possibilidade de abatimento de despesas não encontra respaldo no princípio da capacidade contributiva, além de levantar questionamento acerca dos procedimentos médicos de cunho meramente estético – aí sim, totalmente previsíveis – e da praticabilidade tributária, vez que demandaria a verificação casuística da previsibilidade de cada despesa. Ademais, é razoável considerar que a grande maioria das pessoas que não utilizam o sistema público de saúde contratam planos de saúde particulares, fazendo com que grande parte de suas despesas médicas passem a ser previsíveis, já que cobertas pelo plano.

Leonetti considera que a despesa com saúde deve ser integralmente dedutível, inclusive quanto aos gastos com medicamentos, sob pena de inconstitucionalidade:

> Dessarte, os gastos com instrução também se incluem dentre aqueles **necessários e involuntários** e que beneficiam não apenas o contribuinte e/ou seus dependentes mas, à comunidade em geral. Além disso, a exemplo das despesas com saúde, as relativas à educação também oneram os contribuintes em graus distintos, em razão do número de integrantes da família que estudam e do tipo de educação que lhes é prestada. Neste giro, a capacidade contributiva do indivíduo depende dos montantes dos gastos com educação em que este incorre, impondo-se a dedução destes dos respectivos rendimentos brutos. (grifo no original) (LEONETTI, 2002, p. 248-249)

Fundamentação similar sustenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com o objetivo de questionar os itens 7, 8 e 9 do inciso II do art. 8º da Lei 9.250/1995 (com redação da pela Lei 12.469/2011), que limitam a

possibilidade de abatimento de despesas com instrução da base de cálculo do Imposto sobre a Renda. A argumentação desenvolvida na petição inicial está atrelada à percepção de que os limites estabelecidos pela lei são muito baixos e, consequentemente, caracterizam ofensa ao conceito de renda (art. 153, III), à capacidade contributiva (art. 145, § 1º), ao não-confisco tributário (art. 150, IV), ao direito à educação (arts. 6º, caput, 23, V, 205, 208, 209 e 227), à dignidade humana (art. 1º, III), à proteção da família (art. 226) e à razoabilidade (art. 5º, LIV). Sustenta-se ainda que a dedução de gastos com instrução está atrelada à noção de mínimo existencial, que tem o direito à educação como pertence a um núcleo não tributável abarcado pelo conceito constitucional de renda (art. 153, III).[4]

No entanto, a diferenciação das ideias de mínimo isento e mínimo existencial leva à conclusão de que limites de dedução de despesas com saúde e educação não caracterizam necessariamente ofensa a preceitos constitucionais.

## 4 DEDUÇÕES PESSOAIS NO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Para que seja possível comparar, de maneira mais concreta, os mecanismos de efetivação do mínimo isento na tributação sobre a renda no Brasil e nos Estados Unidos, é preciso levar em consideração parâmetros objetivos. Assim, além da análise dos valores isentos da tributação sobre a renda, serão comparados também os dados referentes ao salário-mínimo nos países escolhidos.[5]

### 4.1 Mínimo isento do Brasil

Atualmente, no Brasil, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física somente incide sobre os rendimentos anuais acima de R$ 22.847,76, valor que não é atualizado desde o ano calendário de 2016 e que nas últimas

[4] Também contra a fixação de limite para deduções de gastos com instrução: MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. **Princípio da capacidade contributiva:** a sua aplicação nos casos concretos. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 118-122.

[5] Não se pretende que o salário-mínimo seja considerado critério para a fixação quantitativa do mínimo isento. Entretanto, diante da finalidade proposta por este trabalho, trata-se de parâmetro que permite traçar um comparativo entre realidades e legislações distintas, a partir da definição governamental do que é considerado como remuneração minimamente razoável pelo governo de cada país.

décadas sofreu forte redução de seu valor real. O contribuinte pode optar pela declaração completa ou pelo desconto simplificado, que constituem diferentes mecanismos para promover abatimentos da base de cálculos do imposto.

No desconto simplificado, o contribuinte poderá deduzir da base de cálculo do imposto o valor de 20% de sua renda tributável na declaração, até o limite anual de R$ 16.754,34, independentemente de comprovação das despesas. Assim, considerando o limite da faixa isenta acrescido dos valores dessa dedução simplificada de 20%, tem-se que não serão sujeitos ao imposto os rendimentos anuais de até R$ 27.417,31, o que representaria um salário de R$ 2.284,77 mensais.[6]

A análise dos dados referentes à declaração de ajuste anual do exercício de 2019 (ano-calendário 2018) demonstra que a renda tributável média dos optantes pela declaração simplificada foi de R$ 44.645, pouco mais de 50% da renda média dos optantes pela declaração completa (R$ 82.336). Importante registrar que a maioria dos declarantes (57%) optou pelo desconto simplificado (BRASIL, 2020a).

Tendo em vista que o salário-mínimo em 2019 era de R$ 998, observa-se que o valor dos rendimentos mensais não sujeitos à tributação na declaração simplificada (R$ 2.284,77) corresponde atualmente a pouco mais de dois salários mínimos.

Contudo, o Departamento Intersindicial de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – Dieese (2020) aponta um salário-mínimo ideal de R$ 3.960,57, em dezembro de 2018, para cobrir o custo da cesta básica de alimentos. Assim, o contribuinte que opta pelo desconto simplificado não tem garantida a isenção da totalidade dos rendimentos que seriam necessários para custear a cesta básica de alimentos, já que a isenção se limita a R$ 2.284,77 mensais – o valor isento representa apenas 58% do valor do salário-mínimo segundo o Dieese.

Nos últimos 20 anos, o valor do rendimento preservado do IRPF caiu vertiginosamente em termos reais. Vejamos um comparativo entre o mínimo isento no IRPF e o salário-mínimo calculado pelo Diesse.

Em dezembro de 1998, o Dieese (2020) estimou que o salário-mínimo mensal deveria ser de R$ 857,66. Neste ano-calendário de 1998, a tabela progressiva do IRPF previa a isenção dos rendimentos anuais de até R$ 10.800, o que, levando em conta o desconto simplificado de 20%, resulta no valor de R$ 1.080 mensais livres do IRPF – valor que corresponde a 1,2 salários mínimos do Dieese daquele ano.

[6] Como o décimo-terceiro submete-se à tributação exclusiva na fonte, ele não é considerado nessa estimativa.

Em dezembro de 2008, o cálculo do Dieese (2020) resultou num salário-mínimo mensal de R$ 2.141,08 e a tabela progressiva do IRPF trazia a isenção anual de R$ 16.473,72. Considerando o desconto simplificado de 20%, tinha-se a não tributação dos rendimentos mensais de até R$ 1.647,36, o que representa apenas 77% do salário-mínimo necessário calculado pelo Dieese para dezembro de 2008.

Há que considerar também a hipótese de o contribuinte optar pela declaração completa, situação na qual poderá subtrair algumas despesas da base de cálculo do imposto, conforme indicado no quadro a seguir:

**Quadro 1 – Deduções na declaração completa - Brasil**

| | |
|---|---|
| Dedução por dependente (quantia fixa, sem necessidade de documentos comprobatórios) | R$ 2.275,08 |
| Despesas com instrução (valor anual por pessoa, contribuinte ou dependente) até o limite de | R$ 3.561,50 |
| Dedução de despesas com saúde (abrangendo alguns tipos de despesas como consultas médicas, odontológicas e planos de saúde relativas ao contribuinte e seus dependentes) | sem limitação de valor |

**Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos de BRASIL (2018, 2020b)**

Em relação à dedução de despesas com instrução, destaca-se que são permitidos os abatimentos dos valores destinados a estabelecimentos de ensino do nível infantil ao superior ou profissional, inexistindo a possibilidade de dedução de gastos destinados ao pagamento de babás, cursos de idiomas, materiais escolares ou uniformes. Por sua vez, em relação às despesas médicas, ressalta-se que despesas com medicamentos adquiridos em farmácias – ainda que prescritos em receita médica – não são dedutíveis da base de cálculo do IRPF.

Trata-se de mecanismos presentes na legislação tributária do Brasil há muitas décadas. A primeira hipótese de abatimento de despesas médicas foi criada em 1947, pela Lei nº 154, e condicionava o benefício aos contribuintes com renda bruta inferior a cento e vinte mil cruzeiros anuais. Onze anos depois, o art. 95 da Lei nº 3.470 disciplinava que "[d]a renda bruta até Cr$ 300.000,00, das pessoas físicas, será permitido abater as despesas com a instrução de menores, filhos ou dependentes do contribuinte" (BRASIL, [1986]).

Consideremos uma família composta por um casal e dois filhos menores. Caso tenha optado pela declaração completa, em conjunto (com um dos

cônjuges figurando como dependente), poderá abater da base de cálculo do imposto os seguintes valores:

**Quadro 2 – Simulação de família com dois filhos menores de idade - Brasil**

| | |
|---|---|
| Valores relativos à faixa de isenção | R$ 22.847,76 |
| Dedução fixa Cônjuge | R$ 2.275,08 |
| Dedução fixa primeiro filho | R$ 2.275,08 |
| Dedução fixa segundo filho | R$ 2.275,08 |
| Instrução – primeiro filho | Até R$ 3.561,50 |
| Instrução – segundo filho | Até R$ 3.561,50 |
| Saúde | ilimitado |
| **TOTAL** | **R$ 36.796,00** |

**Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos de BRASIL (2018, 2020b)**

Tendo em vista que não há limites para a dedução dos gastos médicos na legislação brasileira, deixa-se de apresentar uma estimativa desse custo médio. Importante destacar, no entanto, os dados levantados por Garcia et. al. (2015) que demonstram *(i)* o crescimento do gasto médio com planos de saúde à medida que aumenta a renda das famílias, bem como as parcelas da renda e da despesa comprometidas com esses gastos, *(ii)* a concentração desse tipo de despesa nas famílias com maior renda e *(iii)* a identificação dos planos de saúde como a principal modalidade de gasto médico.

No mesmo sentido é o boletim publicado pelo Ministério da Economia, em agosto de 2020, acerca da dedução de despesas com educação. O documento traz como suas principais conclusões *(i)* a concentração de 99% do benefício na metade mais rica da população, sendo que 79% destina-se aos 20% mais ricos, *(ii)* a destinação de quase metade do benefício à região Sudeste – a mais rica do país – e *(iii)* o restrito alcance do benefício, que se limita a 41,1% da rede privada e 11,3% de todos os estudantes, considerando os dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares de 2017-2018 (BRASIL, 2020c).

## 4.2 Deduções pessoais da base de cálculo do Imposto sobre a renda nos Estados Unidos

Ao contrário do Brasil, nos Estados Unidos não há uma faixa inicial de rendimentos isentos. Outra diferença é que os valores de deduções e créditos previstos na legislação são atualizados anualmente. É possível optar entre duas formas de dedução da base de cálculo do imposto: a dedução padrão ou

por itens. Na dedução padrão, a legislação autoriza os seguintes abatimentos da base de cálculo do imposto:

**Quadro 3 – Deduções-padrão nos EUA (valores anuais)**

| | |
|---|---|
| Solteiro ou casado apresentando declaração separadamente | US$ 12.200 |
| Chefe de família (*head of household*) | US$ 18.350 |
| Casal apresentando declaração em conjunto ou viúvo/a | US$ 24.400 |
| Adicional para idosos ou cegos: solteiros e chefes de família | US$ 1.650 |
| Adicional para idosos ou cegos: casados e viúvos | US$ 1.300 |

**Fonte: Elaborado pelos autores com dados extraídos de ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (2020)**

Buscando traçar um comparativo em relação ao Brasil, anota-se que o salário-mínimo federal nos Estados Unidos é de US$ 7,25 por hora, sendo possível o estabelecimento de salários mínimos diversos pelos Estados – hipótese na qual o empregador deve respeitar o maior deles. Horas extras são devidas quando o trabalhador excede 40 horas semanais, situação que se assemelha ao regime brasileiro – fazendo com que o salário-mínimo federal médio seja de US$ 1.160 mensais, ou US$ 13.920 anuais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2020d, 2020e).

Observa-se, portanto, que o salário-mínimo anual federal é um pouco mais alto do que o valor da dedução padrão do contribuinte solteiro ou casado que apresenta declaração separada. O mesmo ocorre no caso da declaração conjunta pelo casal, que é o dobro do valor individual, se pressupormos que ambos os cônjuges recebem um salário-mínimo federal.

Por sua vez, observa-se que o chefe de família – definido como o contribuinte solteiro ou divorciado, pelo menos durante metade do ano, que custeie mais da metade das despesas da casa, onde também vive um dependente – tem direito a dedução significativamente mais alta do que o valor do salário-mínimo.

Importa destacar que a perda do poder de compra do salário-mínimo federal também é noticiada pela mídia estadunidense, já que o salário-mínimo federal é o mesmo desde 2009. Na prática, contudo, o mínimo estabelecido pelos Estados fez com que a média nacional, em 2019, fosse de US$ 11,8 por hora (TEDESCHI, 2019). Considerando uma média de 4 semanas no mês, portanto, seria razoável pressupor um mínimo mensal de US$ 1.888 e anual de US$ 22.656 – valor que corresponde a quase o dobro da dedução

anual individual. Os valores de dedução também se mostram insuficientes nas hipóteses do chefe de família e do casal que tem ambos os cônjuges auferindo rendimentos e apresenta declaração conjunta. O único cenário no qual a dedução padrão abarcaria o salário-mínimo médio dos Estados Unidos seria aquele em que o casal apresenta declaração conjunta, mas apenas um deles aufere renda.

Alternativamente, é possível optar pela dedução por itens,[7] dentre os quais se encontram despesas médicas e com dentistas – próprias, de seu cônjuge e/ou de seus dependentes – no que excederem 7,5% da renda bruta ajustada (*adjusted gross income*) do contribuinte. Nessas despesas médicas podem ser incluídos gastos com refeições em hospitais, plano de saúde, medicamentos que dependam de prescrição médica, anticoncepcionais, teste de gravidez, educação especial para pessoas com deficiência psicológica, aborto legal, lentes de contato, óculos, etc (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2020a, 2020c), mas não estão incluídos gastos com cirurgias estéticas.

A dedução da base de cálculo de despesas com educação havia sido excluída pelas alterações promovidas na legislação em 2017, mas nova legislação recente restabeleceu, retroativamente, essa forma de dedução para as despesas realizadas em 2018, 2019 e 2020 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2020c, p. 135).

Assim, o documento referente aos benefícios tributários para educação (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2020b) indica que, para o ano calendário de 2019, admite-se uma dedução de até US$ 4.000 anuais para as despesas do contribuinte, cônjuge e dependentes referentes à taxa escolar (*tuition*) e outros gastos que devam ser pagos à instituição de ensino como requisito para a matrícula ou acompanhamento das aulas. Mas somente têm direito à dedução os contribuintes com renda bruta ajustada de até US$ 160.000, no caso de casal apresentando declaração conjunta, ou US$ 80.000, no caso de contribuinte solteiro, viúvo ou chefe de família (a média de remuneração de um advogado nos EUA é superior a US$ 160 mil anuais[8]). Somente são admitidas como dedutíveis as despesas destinadas a universidades, faculdades, escolas profissionalizantes ou instituições de ensino "pós secundário" qualificadas para participar de programa de auxílio estudantil administrado Departamento de Educação dos Estados Unidos, incluindo algumas instituições estrangeiras.

[7] Nessa modalidade, é também possível deduzir despesas com outros impostos, como os incidentes sobre a propriedade e vendas, despesas de juros, contribuições para instituições de caridade, prejuízos decorrentes de furtos ou casualidades, dentre outros itens. No entanto, tendo em vista o objeto de pesquisa, tais hipóteses de dedução não serão estudadas.

[8] Cf. https://rodrigopadilha.com.br/advocacia/quanto-ganha-advogado-eua. Acesso em 25 out. 2020.

Para que se tenha uma melhor compreensão do impacto desses valores, no ano letivo de 2020-2021, a Universidade da Columbia foi listada como a que possui a *tuition* mais cara dos Estados Unidos, com um valor de US$ 64.380 anuais. Por sua vez, a universidade indicada como a mais barata foi a Southern New Hampshire, com o valor anual de US$ 9.980 (KERR, 2020). Evidente, portanto, que a dedução por instrução prevista no IRPF estadunidense não cobre a integralidade do valor anual nem mesmo para a universidade mais barata do país.

Ainda em relação a deduções relacionadas à educação no âmbito da tributação sobre a renda, é possível citar o *Qualified Tuition Program*, também conhecido como *"529 plan"*. O programa é regulamentado e gerido pelos estados, mas permite a criação de uma conta destinada a custear as despesas educacionais – de nível fundamental, médio ou pós-secundário – de determinado estudante, sem que as distribuições feitas em seu benefício sejam submetidas à tributação sobre a renda. Podem contribuir para essa conta não somente os pais, mas também outros parentes, amigos e até mesmo o próprio beneficiário. Todavia, os valores destinados a essa conta não são dedutíveis da base de cálculo do imposto de quem fez a contribuição – pais, parentes e amigos, por exemplo.

Há também a possibilidade de redução do imposto a pagar através do *American Opportunity Tax Credit*, voltado para graduação e pós graduação. Nesse caso, em 2019, o limite era de US$ 2.500 por exercício, durante quatro exercícios, e somente podiam usufruir do benefício os contribuintes de renda bruta ajustada de até US$ 90.000, se solteiro, ou US$ 180.000, se casado e apresentando declaração conjunta.

O contribuinte ainda pode optar pelo o *Lifetime Learning Credit*, que também concede abatimento no imposto a pagar proporcional a despesas destinadas universidades, faculdades, escolas profissionalizantes ou instituições de ensino "pós secundário" qualificadas para participar de programa de auxílio estudantil administrado Departamento de Educação dos Estados Unidos. É possível utilizar deste benefício por mais de quatro exercícios, mas há um limite de US$ 2.000 por exercício e somente é aplicável a contribuintes com *adjusted gross income* de até US$ 68.000, se solteiro, viúvo ou chefe de família, ou US$ 136.000, se casado e apresenta declaração conjunta. (ROLLER; VALADÃO, 2020, p. 87-91).

Portanto, em todos os casos as deduções de gastos educacionais não são permitidas para contribuintes individuais que tenham remuneração anual superior a uma faixa que varia entre US$ 68 mil e US$ 90 dólares. Nos EUA, profissões como advocacia e medicina têm remuneração básica superior a

US$ 150 mil anuais[9]. Percebe-se, claramente, que essas deduções se destinam a ser utilizadas pela classe média dos EUA, e não pelos contribuintes dos estratos superiores de renda.

Se considerarmos o mesmo exemplo utilizado para o Brasil – de um casal com dois filhos menores, observa-se que, nos EUA, o contribuinte somente teria direito à dedução de despesas com saúde no que estas superarem 7,5% da sua renda bruta ajustada, o que dificilmente ocorrerá no caso de uma família abastada, cujos rendimentos anuais são muito altos. Além disso, as deduções com instrução somente seriam autorizadas caso a renda do contribuinte não superasse determinados patamares. Registre-se que, nos EUA, não há a previsão de dedução de gastos com escola fundamental e de nível médio, tampouco de valores fixos por cada dependente.

A legislação estadunidense prevê também um desconto no imposto a pagar referente às despesas destinadas aos cuidados com crianças ou dependentes, quando sejam essenciais para que o contribuinte possa trabalhar. O C*hild and Dependant Care Credit* é calculado através de um percentual do total das despesas – inversamente proporcional à renda bruta do contribuinte – e está limitado a US$3.000 para o primeiro filho ou dependente ou US$ 6.000 para dois ou mais filhos e/ou dependentes.

Esse crédito não se confunde com o *Child Tax Credit*, uma redução no imposto a pagar de até US$ 2.000 para contribuintes que incluem uma criança de até 17 anos como dependente em sua declaração. O valor pode ser ainda menor se a renda bruta ajustada anual do contribuinte for superior a US$ 400.000, se casado e apresentando declaração conjunta, ou US$ 200.000, nos outros status de declaração, como solteiro ou casado apresentando declaração separadamente.

Por fim, menciona-se o *Earned Income Credit*, que também reduz o valor do imposto a pagar, e pode dar direito a um reembolso. O benefício é destinado a trabalhadores de baixa renda, que tenham auferido até US$ 54.884 anuais, mas esse limite pode ser inferior de acordo com alguns critérios como número de filhos e o status da declaração (por exemplo, declaração conjunta de contribuintes casados ou contribuinte solteiro).

## 4.3 Comparação entre Brasil e Estados Unidos

O comparativo entre a declaração simplificada brasileira e as deduções padrão dos EUA aponta para certa liberdade em termos de *design* tributário

[9] Cf. https://www.universidadedointercambio.com/25-profissoes-mais-bem-pagas-dos-eua/#:~:text=Os%20M%C3%A9dicos%20s%C3%A3o%20os%20profissionais,dos%20193%20mil%20d%C3%B3lares%20anuais. Acesso em 25 out. 2020.

e, levando em consideração os salários mínimos federais de ambos os países, coloca a tributação brasileira em princípio numa posição mais favorável ao contribuinte. Afinal, a renda isenta de imposto no Brasil (considerando o desconto simplificado) corresponde a pouco mais de dois salários mínimos, enquanto a dedução padrão estadunidense individual não é suficiente para resguardar da tributação sequer a integralidade de um salário-mínimo federal. O trabalhador que recebe o salário-mínimo federal nos EUA somente teria sua renda protegida da tributação na hipótese de ser chefe de família ou apresentar a declaração juntamente com seu cônjuge – e esse cônjuge não auferir rendimentos ou os auferir em patamar inferior, num trabalho de período parcial, por exemplo. Contudo, além dessa dedução padrão, o contribuinte estadunidense ainda tem direito a descontos no imposto devido (*Child and Dependent Care Credit, Child Tax Credit*, dedução na base relativa a gastos educacionais, *Earned Income Credit*), que não existem no caso do contribuinte brasileiro que opta pela declaração simplificada.

O cenário brasileiro para um contribuinte de renda alta é bem mais favorável do que o cenário estadunidense. No Brasil, há a dedução dos gastos destinados ao custeio da educação de nível fundamental e médio, deduções que não existem nos Estados Unidos. Mas a maior diferença ocorre em relação aos gastos com saúde, que não têm nenhuma limitação quantitativa no Brasil, mas somente podem ser abatidos nos EUA no que superarem 7,5% da renda bruta ajustada do contribuinte.

Ainda que a legislação estadunidense contemple despesas médicas mais abrangentes, como medicamentos que dependam de prescrição médica e óculos, a importante limitação quantitativa inexiste na legislação brasileira. A lógica dessa limitação é de que somente se permite a dedução de gastos médicos se esses tiverem um valor considerável em proporção dos rendimentos totais do contribuinte. No caso de contribuintes dos estratos mais altos de renda, os gastos com saúde, mesmo altos numa perspectiva de valores absolutos, em geral não ultrapassam os 7,5% de seus rendimentos anuais. Também no caso de deduções do imposto relacionados à educação (*Opportunity Tax Credit*, *Lifetime Learning Credit*), a legislação nos EUA impõe limites que impedem que delas se beneficiem os contribuintes de estratos mais altos.

Em resumo, observa-se que o sistema estadunidense apresenta deduções (da base e do imposto) e critérios que conferem ao seu imposto sobre a renda individual mais pessoalidade e mais progressividade. Somente a dedução *standard* (quadro 3 *supra*) consiste numa redução incondicionada da base de cálculo do imposto que pode ser usufruída inclusive pelos mais ricos. As demais hipóteses de dedução da base de cálculo e redução do imposto a pagar, nos EUA, são condicionadas à renda bruta ajustada do

contribuinte, impedindo que esses benefícios sejam plenamente aplicados aos contribuintes com maiores rendimentos.

## 5 CONCLUSÃO

A ideia de mínimo existencial remete à garantia de condições necessárias para uma existência digna da pessoa e de seus dependentes. Essa ideia se conecta à noção de mínimo isento no âmbito do IRPF, que se relaciona também com o princípio da capacidade contributiva, visto que a titularidade de rendimentos limitados à quantia necessária para subsistir com dignidade não manifesta capacidade contributiva, devendo tal renda ser preservada da tributação.

A legislação do IRPF deve conter mecanismos que garantam a não tributação do mínimo existencial. Mas isso pode ser feito com o uso de muitas técnicas (deduções padrão, faixas de rendimento isento, deduções da base, deduções do imposto devido etc.), havendo grande margem de discricionariedade ao legislador.

Extinguir pura e simplesmente todas as deduções pessoais da legislação do IRPF configuraria violação da capacidade contributiva e do mínimo existencial. Mas impor algumas limitações quantitativas e qualitativas não significa necessariamente uma violação da capacidade contributiva ou do mínimo existencial.

Um desconto padrão da base de cálculo (como se dá nos EUA - vide quadro 3 *supra* e o desconto simplificado no Brasil), a não-tributação de determinada faixa de rendimento (como ocorre no Brasil) devem ser garantidos a todos os contribuintes, independentemente de sua faixa de renda ou capacidade contributiva. Contudo, determinadas deduções e créditos (como gastos com instrução e gastos médicos) podem conter limites quantitativos, requisitos e restrições para uso dos contribuintes com altos rendimentos, sem que isso implique negar a esses contribuintes o acesso ao mínimo existencial. A análise comparativa da tributação pessoal da renda nos EUA e no Brasil indicou que, nas deduções específicas com saúde e educação, a legislação estadunidense impõe restrições e requisitos que, na prática, impedem que os contribuintes milionários, e mesmo os de classe média alta, utilizem tais deduções. Com isso, a legislação estadunidense imprime a seu imposto de renda da pessoa física mais pessoalidade e progressividade.

Evidentemente não se encontra numa situação de comprometimento do seu mínimo existencial um contribuinte brasileiro com rendimento mensal de R$ 50 mil que não possa deduzir integralmente da base de cálculo do seu

IRPF os altos gastos que têm com a escola integral bilíngue ou com o completíssimo plano de saúde que paga mensalmente para seus filhos. Para esse contribuinte, cuja alta capacidade contributiva lhe permite dar aos filhos um capital social e cultural cujos frutos econômicos serão colhidos ao longo de toda a vida, sujeitar-se ou não a limites de dedução com gastos educacionais/médicos resultará num IRPF maior ou menor, mas nunca no comprometimento de seu mínimo existencial.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização Mizabel Abreu Machado Derzi. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Marina; HESSEL, Rosana. Guedes quer acabar com deduções do Imposto de Renda em troca dos R$ 300 do Renda Brasil. **Correio Brasiliense**, Brasília, 26 out. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/08/4871126-guedes-sugere-fim-das-deducoes-do-ir.html. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros. **Grandes Números IRPF**: Ano-Calendário 2018, Exercício 2019. Brasília, DF: Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, 2020a. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/11-08-2014-grandes-numeros-dirpf/grandes-numeros-irpf-2018-2019-completo.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 154, de 25 de novembro de 1947**. Altera dispositivos da legislação do Impôsto de Renda. Rio de Janeiro, Presidência da República, [1949]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0154.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958**. Altera a legislação do Impôsto de Renda e dá outras providências. Rio de Janeiro, Presidência da República, [1986]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3470.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Receita Federal. **IRPF (Imposto sobre a renda das pessoas físicas)**. Brasília: Receita Federal, 2020b. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Secretaria de Avaliação, Planejamento Energia e Loteria, Secretaria de Fazenda. **Boletim mensal sobre os subsídios da União**: Dedução de Despesas com Educação do Imposto de Renda Pessoa Física. Brasília, 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-subsidios/arquivos/2020/bolteim-subsidio-_secap-me.pdf/@@download/file/Bolteim%20Subs%C3%ADdio%20_Secap%20ME.pdf. Acesso em 15 ago. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 198.

CORRÊA, Marcello. **IR: Guedes estuda reduzir alíquotas e acabar com dedução de gastos com saúde e educação**. O Globo, Brasília, 14 maio 2019. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/ir-guedes-estuda-reduzir-aliquotas-acabar-com-deducao-de-gastos-com-saude-educacao-23665362. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICIAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos**: Salário-mínimo nominal e necessário. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html. Acesso em: 16 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Medical and Dental Expenses**. [S.l], 2020a. Disponível em: https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p502.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Tax Benefits for Education**. [S.l], 2020b. Disponível em: https: https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p970.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service. **Tax Guide 2019 for individuals**. [S.l], 2020c. Disponível em: https: //www.irs.gov/pub/irs-pdf/p17.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Labor. **Minimum Wage**. Washington, 2020d. Disponível em: https://www.dol.gov/general/topic/wages/minimumwage. Acesso em: 16 jul. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Labor. **Overtime Pay**. Washington, 2020e. Disponível em: https://www.dol.gov/general/topic/wages/overtimepay. Acesso em: 16 jul. 2020.

FABO, Diego Marín-Barnuevo. **La protección del mínimo existencial en él ámbito del I.R.P.F**. Madrid: Colex, 1996**.**

FERRARI, Hamilton; RESSEL, Rosana. **Reforma tributária vai mexer com a tabela do Imposto de Renda.** 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/08/09/internas_economia,1076088/reforma-tributaria-vai-mexer-com-a-tabela-do-imposto-de-renda.shtml. Acesso em: 25 jun. 2020.

GARCIA, Leila Posenato et al. Gastos com planos de saúde das famílias brasileiras: estudo descritivo com dados das Pesquisas de Orçamentos Familiares 2002-2003 e 2008-2009. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5,p. 1425-1434, May 2015 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015000501425&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 ago. 2020.

KERR, Emma. 10 Most, Least Expensive Private Colleges. **U.S. News**, [S.l.], 14 set. 2020. Disponível em: https://www.usnews.com/education/best-colleges/the-short-list-college/articles/10-most-least-expensive-private-colleges. Acesso em 25 out. 2020.

LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda das pessoas físicas como instrumento de justiça social no Brasil atua**l. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/83402. Acesso em: 2 ago. 2020.

MILLÁN, Emílio Cencerrado. **El mínimo exento: en el sistema tributario español**. Madrid: Macial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999.

MORAES, Marcelo Gomes de. **A dignidade humana e o imposto sobre a renda**: um diálogo com a realidade brasileira. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Mínimo Existencial, mínimo não imponível e limites imanentes à tributação**. Florianópolis: Insular, 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Machado de. **A proteção do mínimo existencial no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 2ª ed.

ROLLER, Tiago Fleury; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira**. O limite de dedução com despesas de educação no IRPF**: uma análise jurídica e empírica sobre sua constitucionalidade. Curitiba: Editora CRV, 2020

TEDESCHI, Ernie. **Americans Are Seeing Highest Minimum Wage in History** (Without Federal Help). 2019. Disponível em: https://www.nytimes.com/2019/04/24/upshot/why-america-may-already-have-its-highest-minimum-wage.html. Acesso em: 16 jul. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 177, 29-49, jul/set 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume IV, Os Tributos na Constituição**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

# NECROPOLÍTICA E A (RE)LEITURA DA CRÔNICA *MINEIRINHO*, DE CLARICE LISPECTOR

# NECROPOLITICS AND THE (RE) READING OF THE CHRONICLE *MINEIRINHO*, BY CLARICE LISPECTOR

Gisleule Maria Menezes Souto[1]
Luana Mathias Souto[2]

**RESUMO:** O presente artigo visa a dissertar sobre o estar do ser negro no Brasil após a abolição da escravatura, o preconceito e a invisibilidade. O racismo fornece o sentido para que a desigualdade e a violência ganhe espaço, possibilita que a relação amigo/inimigo seja estabelecida e que a violência bélica do Estado se dirija sempre para algumas pessoas. O texto busca, portanto, apresentar a metáfora presente na história de *Mineirinho* narrado na crônica de Clarice Lispector com a necropolítica, a partir de pesquisa bibliográfica, cujos dados necessários serão extraídos da crônica, de artigos científicos, revistas especializadas, entre outras fontes.

**Palavras-chave:** Metáfora. Estado de Exceção. Necropolítica. Direito e Literatura.

**ABSTRACT:** This paper aims to talk about being black in Brazil after the abolition of slavery, prejudice, and invisibility. Racism provides the meaning to that inequality and violence gain space, allow that the friend/enemy relationship be established and that the warlike State violence has always been directed to some people. The text, therefore, seeks to show the metaphor present

[1] Mestre em Filosofia pela PUC SP. Doutoranda em Teoria do Direito e da Justiça pela PUC Minas. Professora. O presente trabalho foi realizado com o apoio do Programa Permanente de Capacitação de Docentes da PUC Minas. E-mail: leulemenezes@gmail.com

[2] Mestre e Doutoranda em Direito Público pela PUC Minas. Bolsista CAPES PROEX/taxa. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisa Redes de Direitos Humanos do PPGD PUC Minas. Professora e Advogada. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: luana.mathias.souto@gmail.com

in the story of *Mineirinho* narrated in Clarice Lispector's chronicle with the necropolitics, based on bibliographic research, whose necessary data will be extracted from the chronicle, scientific papers, specialized reviews, among other sources.

**Keywords**: Metaphor. State of Exception. Necropolitics. Law and Literature.

## 1 INTRODUÇÃO

A crônica tem como característica discorrer sobre situações que circundam a existência do homem e, neste contexto, discorrer o estar do homem, bem como, narrar fatos reais e tentar compreender as nuances, as inquietações e a própria existência como se fosse um texto a ser desvelado. Neste artigo, tal desvelamento pressupõe analisar a invisibilidade do ser negro no Brasil a partir da crônica *Mineirinho*, de Clarice Lispector, pois ver semelhanças e dissimilaridades em uma situação específica é o que *phronesis* e *insight* metafórico têm em comum.

Elencar semelhança entre a realidade e a obra literária para descrever a questão racial no Brasil, a invisibilidade e o preconceito que circundam a existência do ser negro é a proposta deste texto, que a partir de trechos da célebre crônica de Clarice Lispector busca não apenas apresentar similaridades, mas, garantir suporte para desvendar as metáforas que nela se fazem presente.

A Lei Áurea, promulgada em 13 de maio de 1888 no Brasil, tinha por finalidade *arrebentar* as correntes que prendiam corpos negros à escravidão. Mesmo liberto, o ser negro permaneceu (in)visibilizado socialmente, em uma negação à sua condição de cidadão.

Não houve amparo estatal após a escravidão, tampouco acesso a condições básicas como moradia, saúde, educação para que ocorresse a passagem de objetos para sujeitos de direitos. Pior do que isso, em 1890, em virtude do projeto de embranquecimento, promulga-se o Decreto n. 528 com o objetivo de substituir a mão de obra negra por imigrantes europeus.

Além das dificuldades para conseguir trabalho em virtude das políticas adotadas que favoreciam os imigrantes, também se adiciona o preconceito às religiões e culturas africanas, chegando o Código Penal de 1890 a, por exemplo, tipificar as práticas de capoeira.

Todas essas condições pré-existentes de exclusão amparam a teoria estabelecida por Berenice Bento (2018) de que o processo brasileiro não é apenas necropolítico, mas necrobiopolítico.

Hoje, o ser negro ainda continua vítima do racismo institucional e estrutural. Relegado aos espaços de poucas oportunidades e a uma política de

Estado que, ao decidir quem vive e quem morre, sempre assassina corpos negros, em uma criação ficcional de um inimigo do Estado.

Sem cerimônias, nem velamentos, muitos outros *Mineirinhos* são assassinados pelo poder bélico do Estado, numa triagem de vítimas que leva em consideração apenas a cor da pele e onde vivem.

Para melhor compreensão dessas constatações, a crônica *Mineirinho,* de Clarice Lispector fornece o substrato necessário, pois em poucas linhas descreve como funciona a teoria de necropolítica, desenvolvida por Achille Mbembe (2018) e o imaginário de medo criado para justificá-la, que no décimo terceiro tiro assusta e revela como todos são parte disso.

Assim, o presente artigo percorre um caminho que perpassa por quatro encruzilhadas em que fragmentos da crônica são utilizados para ilustrar conceitos teóricos e promover a reflexão pretendida.

Nas primeira e segunda partes, descreve-se o papel da metáfora na construção de pontes entre semelhanças e dissimilaridades entre o ser negro e a construção de sua existência; na terceira parte apresenta-se o conceito de necropolítica, desenvolvido por Achille Mbembe (2018), a partir das teorias de Michel Foucault e Giorgio Agamben; na última parte, realiza-se análise histórica dos diversos mecanismos de exclusões ao ser negro realizados no Brasil, com a finalidade de dar suporte à teoria de necrobiopoder, desenvolvida por Berenice Bento (2018). Metodologicamente, utiliza-se do método indutivo e de pesquisa bibliográfica, cujos dados são extraídos da crônica, de artigos científicos, revistas especializadas, entre outras fontes.

## 2 A CENTELHA METAFÓRICA: UMA QUESTÃO DE (DES)VELAMENTO DA SENZALA AO PRECONCEITO RACIAL

A combinação do cognitivo e do imaginativo pode ser descrita como um momento pictórico que busca descrever a realidade por intermédio de metáforas, o que exige segundo Ricoeur (2000) uma criatividade, uma vez que, este ressalta que a metáfora é um comércio entre pensamentos, isto é uma transação entre contextos de forma que, a mesma tem a capacidade de manter unidos diferentes contextos em uma mesma descrição e é desta maneira que a **Centelha metafórica** se faz presente no estar do ser negro no mundo, ou nas palavras de Achille Mbembe (2014), no *devir-negro do mundo*.

Achille Mbembe, em *Crítica da razão negra* (2014), grafa a palavra negro em maiúsculo a indicar "aquele (ou ainda aquele) que vemos quando nada se vê, quando nada compreendemos e, sobretudo, quando nada queremos compreender." (MBEMBE, 2014, p. 11). Por assim ser concebido, o negro é o principal exemplo dessa racionalidade, especialmente, porque a instituição

da escravidão assim o colocou como aquele "que ninguém, - nem aqueles que o inventaram nem os que foram englobados neste nome – desejaria ser um negro ou, na prática, ser tratado como tal. " (MBEMBE, 2014, p. 11).

O ato de decodificar um enunciado, portanto, deve levar em consideração a maneira pela qual, a metáfora diz e evidencia sua condição desde a época da escravidão[3] até os dias de hoje.

> A consequência de práticas de *discriminação direta e indireta* ao longo do tempo leva à *estratificação social*, um fenômeno *intergeracional,* em que o percurso de vida de todos os membros de um grupo social – o que inclui as chances de ascensão social, de reconhecimento e de sustento material é afetado. (ALMEIDA, 2019, s. p.).

Analisar a prática de discriminação contra um determinado grupo social é buscar, portanto, percorrer um caminho que perpassa atos, divisão de classes, e preconceito racial que, segundo Almeida (2019, s.p) "o juízo baseado em estereótipos acerca de indivíduos que pertençam a um determinado grupo racializado, e que pode resultar em práticas discriminatórias."; o conceito de raça[4] imposto desde a época da escravidão onde imperava uma cultura de invisibilidade do negro cujo aparelho administrativo idealizado na época do Brasil colônia tinha como finalidade, defender os interesses da colônia e garantir os interesses dos senhores da insurgência negra escrava e, para manutenção do equilíbrio entre senhor e escravo um "controle social" se apresentava uma vez que, as relações não se limitavam as áreas de colaboração e compreensão, mas nas contradições.[5]

---

[3] A escravidão no Brasil, surgiu de dois fenômenos distintos, mas convergentes. De um lado, foi a continuação do desenvolvimento interno da sociedade colonial nos moldes em que vinha realizando a sua evolução nas primeiras décadas, que de simples aglomerado de feituras atomizadas no vasto território, transformou-se em donatárias com sistema de estratificação social fechado em uma estrutura praticamente feudal. Do outro lado foi, consequência dos interesses das nações colonizadoras em fase de expansão comercial e mercantil. (MOURA, 1981, p. 23).

[4] A vivência da raça faz parte dos processos regulatórios de transgressão, liberdade e emancipação vividos pelos africanos e seus descendentes. No Brasil, desde o processo colonial até hoje se faz presente. Dessa foram a raça é vista como uma dimensão estruturante da sociedade brasileira (QUIJANO, 2005).

[5] A racionalização das relações durante o escravismo e ao mesmo tempo a sua simplificação, transformou-se em um simples fluir, como se não tivesse sido um processo contraditório que passou por diferentes fases durante a sua existência e não tivesse diferenças regionais marcantes e relevantes durante o seu transcurso (MOURA, 1994, p.22).

Percorrer o caminho da senzala ao preconceito racial é metaforizar diferenças, discriminações raciais[6] e particularidades de uma realidade vivenciada por determinados sujeitos onde a condição de *ser escravo*[7] se materializa; A submissão do escravo ao senhor reflete não somente a divisão social de classe, mas também as questões trabalhistas e, neste contexto, a escravidão era a forma de trabalho adequada ao sistema colonial, porque somente através da exploração do *trabalhador* escravo, com nível de coerção social despótico e constante, poderia g*erar* lucros, visando o enriquecimento do senhor e a constante exploração do escravo, analogicamente comparado a um objeto, e, portanto invisível socialmente cuja marginalização ainda se faz presente: "[...] a luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas na sociedade abrangente, em particular os provenientes dos preconceitos e das discriminações raciais, que os marginalizam no mercado de trabalho, no sistema educacional, político, social e cultural" (DOMINGUES, 2007, p.102).

A citação acima possibilita refletir sobre a existência do negro e a forma como este era percebido na época em que a senzala era o seu lugar de pertencimento e hoje:

> No Brasil, a leitura sobre o negro, sua história e cultura, ainda tem sido regulada pela sociedade mais ampla via racismo ambíguo e mito da democracia racial. Esta visão tem sido disseminada nos diferentes espaços estruturais do poder e marca de forma diferenciada a história da negra e do negro (GUIMARÃES, 2004, s.p.).

A metáfora se faz presente e, segundo o texto metáfora e (dês)crença, de Jeane Gaakeer (2019) o papel semântico da imaginação é usado para descrever a realidade, de um contingente de negros escravizados, portanto, a imaginação é uma constante, e neste sentido recorre-se a Aristóteles que, denota metáfora como a aplicação de uma palavra que pertence a outra coisa: de gênero a espécie, espécie a gênero, espécie a espécie ou por analogia (ARISTÓTELES, 2008) e, neste contexto Ricoeur (2000) compartilha o interesse de Aristóteles no ganho semântico da metáfora como um processo dinâmico: isto é, metaforizar bem é ver semelhança.

O tocante a compreensão do metafórico é essencialmente uma contemplação de semelhanças que leva não apenas ao requisito de insight sobre o

[6] A discriminação racial, por sua vez é a atribuição de tratamento, diferenciado a membros de grupos racialmente identificados (ALMEIDA, 2019, s.p.).

[7] A condição do escravo se desenvolve a partir de uma dominação extra-econômica no modo de produção escravagista garantido por meio de coerção como o tronco, a gargalheira, o anjinho, o açoite, a prostituição forçada, a desarticulação familiar (MOURA, 1994, p.23).

que é considerado uma semelhança, mas também, e mais importante, por que razões, a invisibilidade do negro precisa ser desvelada em um movimento que caminha na contramão da "negação de direitos e de invisibilização da história." (GOMES, 2019, s.p).

O percurso até aqui realizado possibilita compreender por que o ser negro apesar de contar uma história de resistência também denuncia a invisibilidade da sua existência a desnaturalização da desigualdade racial e do racismo no Brasil; a realidade narrada que possibilita incorporar a dimensão poética da imaginação, pois tanto *phorenis* quanto metáfora dependem da capacidade humana de descrever as situações específicas e a partir de metáforas desvelar a realidade que lhe cerca, o que segundo Gaakeer (2019), é o passo produtivo da semântica da metáfora para descobrir literalmente qual é a novidade. É o momento em que a referência comum de uma palavra é abolida em favor do novo significado produzido pela metáfora e, a mesma denota a capacidade de ver semelhanças em situações especificas ou diferentes.

## 3 METÁFORA EM AÇÃO DE LEI: RACISMO ESTRUTURAL A PARTIR DA CRÔNICA *MINEIRINHO*, DE CLARICE LISPECTOR

Compreender o modo como a realidade é descrita por meio de comparações é uma tarefa árdua, dada a relação recíproca entre teoria e prática ou, no caso específico da crônica *Mineirinho*, de Clarice Lispector entre a descrição da realidade e a maneira como o ser negro é socialmente percebido.

A imaginação requer atenção de que o fato narrado é uma descrição da realidade e, neste contexto, a metáfora funciona como um holofote para chamar a atenção para as diferenças, bem como, para as mazelas.

A crônica *Mineirinho,* de Clarice Lispector é inspirado na morte a tiros de José Rosa de Miranda, o Mineirinho. Mais precisamente foram "13 tiros de metralhadora em várias partes do corpo – três deles nas costas e quatro no pescoço" (JORNAL RECOMEÇO, 2008*). Mineirinho,* "foi mais um desses chamados 'bandidos', transformados pela imprensa marrom no inimigo público número um. Para os moradores do morro, *Mineirinho* era uma versão carioca de Robin Hood. Sua morte com 13 tiros foi noticiada com estardalhaço." (JORNAL RECOMEÇO, 2008*).*

A crônica de Clarice Lispector é narrada sob a perspectiva de alguém pertencente a uma classe social mais abastada, pois o diálogo inicial se trava entre a narradora-personagem e sua cozinheira, já indicando desde logo o abismo existente. "Perguntei a minha cozinheira o que pensava sobre o assunto." (LISPECTOR, 1999, p. 123).

O assunto era a morte de *Mineirinho* a trezes tiros pela polícia e diante do qual a narradora-personagem desenvolve sua perplexidade a um sistema de segurança pública ou de "justiça" ao qual se faz de sonsa: "para que minha casa funcione, exijo de mim como primeiro dever que eu seja sonsa, que eu não exerça a minha revolta e o meu amor, guardados. Se eu não for sonsa, minha casa estremece." (LISPECTOR, 1999, p. 124).

O racismo está inscrito, metaforicamente, nas inquietações levantadas a partir da crônica em como a morte de *Mineirinho* em um primeiro momento gera confusão de sentimentos, o que conta é a quantidade de tiros que o matou, porém uma certa *empatia* e até mesmo um conflito dos iguais se apresenta, evidenciando como os negros escravizados que saíram da cozinha da casa grande em direção a outras cozinhas, mas realizando o mesmo trabalho e, perpetuando a relação senhor/escravo que se percebe na morte de *Mineirinho*.

> Vi no seu rosto a pequena convulsão de um conflito, o mal-estar de não entender o que se sente o de precisar trair sensações contraditórias por não saber como harmonizá-las. A cozinheira se fechou um pouco, vendo-me talvez como a justiça que se vinga. Com alguma raiva de mim, que estava mexendo na sua alma, respondeu fria: 'O que eu sinto não serve para se dizer' (LISPECTOR, 1999, p. 123).

A visão tradicionalmente favorecida de que a interpretação é meramente o ato de decodificar a regra do campo de código fica aquém de uma estratégia interpretativa. Por esta razão cabe a cada um identificar o que a morte de *Mineirinho* suscita em si e, mesmo sendo violenta há um silenciamento das dinâmicas raciais ligadas à violência, portanto, o que desperta do sono o sujeito salvando-o mesmo que falsamente não é a morte do diferente, mas a quantidade de tiros "até que treze tiros nos acordem, com horror algo tarde demais- vinte e oito anos depois que Mineirinho nasceu – que ao homem acuado que a esse não nos matem." (LISPECTOR, 1999, p. 124).

O ser negro é acuado, assassinado todos os dias, não somente com os treze tiros, mas pela invisibilidade, pelas condições de moradia, pela abordagem policial, pelas mazelas que acometem a sua existência e um silêncio que sempre se apresenta, pois:

> A violência racial não aparece nos números, mas se realiza onde silencia. A punição guarda relação profunda com a vigilância racial, e a prisão e a morte são parte dessa solução punitiva para problemas sociais complexos, que não estão ligados às ideias de crime. Como nos lembrou Michel Foucault, racismo é uma tecnologia de poder e não

> se resume apenas aos comportamentos individuais dos agentes das forças de segurança. O racismo é o motor do funcionamento pleno das instituições herdadas de um país escravista, de uma elite colonial, ao tempo que colonizada, e essas instituições agem conferindo, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios a partir da raça. (SANTANA; RIBEIRO, 2020, p. 17).

O racismo fornece o sentido para que a desigualdade e a violência ganhem espaço; o ser negro foi e é vítima de violência e, por muito tempo, se calou. Quantos *Mineirinhos* foram mortos para que a invisibilidade desse lugar a visibilidade? Quantos tiros foram e ainda serão disparados ceifando vidas negras de crianças, jovens, adultos e velhos? Desde quando o outro vê o diferente refletido no espelho uma vez que a lama viva alimenta as diferenças? (LISPECTOR, 1999).

O diferente como *Mineirinho* clama uma "chance que move montanhas"(LISPECTOR, 1999, p. 125) onde a invisibilidade dê lugar a visibilidade e como na crônica ao sair da invisibilidade gerou uma "pequena convulsão de um conflito"(LISPECTOR, 1999, p. 123); O racismo a partir do momento que sai da invisibilidade também é marcado por conflitos, antagonismos e contradições.

O racismo não pode ser aniquilado com treze tiros, mas é segundo Almeida(2019, s.p.), "um crime, que exige que aqueles que o praticam sejam devidamente responsabilizados [...] as maiores desgraças produzidas pelo racismo foram feitas sobre o abrigo da legalidade."

Como retratado na crônica "a grande luta é a do medo" (LISPECTOR, 1999, p. 126), medo este que faz parte do cotidiano do ser negro que constantemente é violentado na sua existência, mesmo sem ser um bandido "perigoso e [que] já matara demais" (LISPECTOR, 1999, p. 123), mas que se morre por medo, por causa da cor, do lugar de pertencimento, haja vista que, "o racismo é uma decorrência da própria estrutura social [...] é estrutural,[...] é parte de um processo social que 'corre pelas costas dos indivíduos' e institucionalmente torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, econômicas e políticas." (ALMEIDA, 2019, s.p.).

A mudança da sociedade não se faz apenas com denúncias, com palavras, com passeatas, ou repúdio, mas depende de posturas e da adoção de práticas que possibilitem o desvelameanto do ser negro como um ser de existência.

## 5 NECROPOLÍTICA E O PODER SOBERANO DE VIDA E MORTE DAS VIDAS NEGRAS

Achille Mbembe em *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte* (2018) restabelece a teoria de biopolítica apresentada

por Michel Foucault em novas bases, por considerá-la "insuficiente para dar conta das formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte." (MBEMBE, 2018, p. 71).

A biopolítica de Michel Foucault estabelece que o Estado Moderno assumiu para si um poder sobre a vida, prolongando-a a partir do controle dos processos biológicos que a regulam: nascimento, mortalidade, higiene, aperfeiçoamento da saúde e bem estar, entre outros, em que se investe "sobre a vida, de cima a baixo." (FOUCAULT, 1985, p.131).

Achille Mbembe, em contrapartida, entende que"a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer." (MBEMBE, 2018, p. 05) e, em oposição à biopolítica, na necropolítica, a morte não é um dado causuístico, mas a própria essência do poder soberano, que em uma acepção schmittiana, coloca a morte, o corpo ferido e massacrado em seus cálculos. É, portanto, uma política de Estado, de segurança pública e de diferença entre as vidas que podem ser vividas e vidas que devem morrer.

> Propus a noção de necropolítica e necropoder para explicar as várias maneiras pelas quais, em nosso mundo contemporâneo, armas de fogo são implantadas no interesse da destruição máxima de pessoas e da criação de "mundos de morte", formas novas e únicas da existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o status de mortos-vivos (MBEMBE, 2018, p. 71).

Para desenvolver sua teoria Achille Mbembe (2018) também resgata a teoria de estado de exceção desenvolvida por Giorgio Agamben que é em si uma construção arqueológica das teorias de Michel Foucault, Carl Schmitt, Walter Benjamin e Hannah Arendt em que ao apresentar a noção de um campo, onde as vidas encontram-se nuas de direitos é também estabelecida a ideia soberana de inimizade, em que "o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar." (MBEMBE, 2018, p. 17).

Há, portanto, a criação ficcional de um inimigo do Estado que precisa ser abatido, identificado a partir de critérios biológicos que são próprios ao biopoder e nesse caso a "raça" é o elemento que promove a "cesura biológica entre uns e outros" (MBEMBE, 2018, p. 17).

Logo no início, a crônica de Clarice Lispector lança o olhar sobre essa divisão entre um eu e um eles metafórico. "É, suponho que é em mim, como um dos **representantes de nós**, que devo procurar por que está doendo a morte de um facínora." (LISPECTOR, 1999, p. 123, grifo nosso).

*Representantes de nós*, quem?! Quem é o *nós* da narradora-personagem?! Mas, o impacto que a história de *Mineirinho* lhe causa, mesmo ele sendo, para ela, um outro distante de si, ocorre nos parágrafos seguintes. A narradora-personagem conjectura que a primeira lei da vida é a de que não matarás, que serve como elemento de garantia à própria vida. Assim, no primeiro e no segundo tiro proferido contra *Mineirinho* ela sente segurança, pois ele é um assassino e sua morte restabelece a lei, a ordem.

> [...] no terceiro tiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo-primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo-segundo chamo meu irmão. O décimo-terceiro tiro me assassina – porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro. (LISPECTOR, 1999, p. 123-124).

O assombro da narradora-personagem emana, portanto, da consciência de saber que todo o edifício no qual sua vida se sustenta é estruturado em um sistema que escolhe quem deve viver e quem deve morrer. Seu espanto, sobretudo, é de saber que no dia da morte de *Mineirin*ho ela não era o outro, mas que um dia poderia ser.

E, hoje, quem é o *Mineirinho*? *Mineirinho* é, nessas bases, a abstração da criação do inimigo público número um da Nação. São todos Negros, na acepção do *devir-negro* de Achille Mbembe (2014), que ainda carregam os estigmas da época da escravidão:

> A instituição da escravidão permitiu a realização das diversas formas de punição sobre o corpo, a mente e as relações familiares e comunitárias, mesmo aquelas consideradas demasiadamente incivilizadas para serem utilizadas contra cidadãos brancos. A arquitetura punitiva no Brasil é uma herança de instrumentos construídos sob os marcos de um modelo imperial-escravista, nos quais as práticas de controle se desenvolveram no terreno das relações entre o senhor e o escravo durante séculos, no âmbito privado, portanto, e com a desumanização da pessoa escravizada (SANTANA; RIBEIRO, 2020, p. 15).

O resgate biopolítico do racismo como tecnologia a operar seus intentos (MBEMBE, 2018) é, portanto, o que naturaliza hoje a morte de vidas periféricas negras, processo que arduamente se torna recorrente nos diversos cantos do mundo e não apenas no Brasil. Mostra que na necropolítica o campo é a própria vida negra, lócus de toda violência estatal que militarizada ou paramilitarizada em milícias tiram as vidas que o poder soberano decidiu que

deveriam morrer. “Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinados do Estado.” (MBEMBE, 2018, p. 18).

Recentemente, o episódio do assassinato de George Floyd por um policial nos Estados Unidos sensibilizou o mundo, que mais uma vez se uniu ao movimento #BlackLivesMatter, existente desde 2013, para lembrar ao Estado que as vidas negras importam.

O consternamento em face do assassinato de George Floyd também escancarou outra realidade, a naturalização brasileira da morte de suas próprias vidas negras. De uma sociedade que se espanta com o que os de fora fazem, mas é incapaz de olhar para o seu próprio *quintal*.

Os *Mineirinhos* de hoje são facilmente nomeados: Marielle Franco, Ágatha Félix, Miguel Otávio, João Pedro Mattos, entre tantos outros que não receberam atenção da mídia. Vidas dilaceradas pelo Estado a partir de seu poder bélico, mas que não se restringe à ele.

Com a pandemia de COVID-19 o poder de morte sobre essas vidas se naturaliza ainda mais, num processo seletivo de políticas públicas que escolhem quais vidas deverão ser preservadas e quais podem ser deixadas para morrer. Colocados na linha de frente da pandemia, nos trabalhos informais e nas zonas urbanas com menor acesso a água potável e sistema sanitário adequado, a grande maioria da população negra enfrenta o vírus de peito aberto e mesmo que a proporção de internações seja equilibrada entre brancos e negros, em que “negros representam 49,1% dos internados por Covid-19, enquanto brancos representam 49%”, no quesito mortandade “o descompasso aparece, pretos e pardos representam 57% dos mortos pela doença enquanto brancos são 41% dos mortos.” (VIÑAS; DURAN; CARVALHO, 2020).

Nessa hora, se pergunta se a narradora-personagem da crônica de Clarice Lispector teria o mesmo assombro sobre a realidade de vida de sua cozinheira. Da mesma forma que não teve a patroa do Leblon, recém vinda da Itália que contaminou a primeira vítima fatal por coronavírus no estado do Rio de Janeiro (MELO, 2020).

Até o seu consternamento é seletivo, de uma seletividade que adentra os corpos negros e os dilacera de dentro para fora e de fora para dentro, num processo cíclico intermitente que não cessou desde que os primeiros navios negreiros saíram da África.

A desigualdade é visível, estrutural, institucionalizada e letal. E não é nova. Desde o início, o processo de genocídio ao povo negro vem sendo construído no País. Primeiro, a escravidão com a criação dos “homens-objecto, homens-mercadoria e homens-moeda.” (MBEMBE, 2014, p. 12), depois com a exploração sexual da mulher africana, o embranquecimento da raça, a discriminação, a bastardização da cultura afro-brasileira (NASCIMENTO, 1978) e

agora a necropolítica com o uso dos aparatos bélicos do Estado como ferramentas de ceifamento de vidas negras.

> Ao reduzir o corpo e o ser vivo a uma questão de aparência, de pele ou de cor, outorgando à pele e à cor o estatuto de uma ficção de cariz biológico, os mundos em particular fizeram do Negro e da raça duas versões de uma única e mesma figura, a da loucura codificada. Funcionando simultaneamente como categoria originária, material e fantasmagórica, a raça tem estado, no decorrer dos séculos precedentes, na origem de inúmeras catástrofes, e terá sido a causa de devastações físicas inauditas e de incalculáveis crimes e carnificinas. (MBEMBE, 2014, p.11).

A escravidão foi por excelência a primeira experiência biopolítica (MBEMBE, 2018) sob a qual os efeitos acompanham a pele negra até os dias de hoje e é ressignificada época após época em novas bases de opressão. Ser alheio a essa condição de exclusão é perpetuar uma dor que há muito não se sara. É ser sonso para preservar o terreno em que se alicerça as casas. "Meu erro é o meu espelho, onde vejo o que em silêncio eu fiz de um homem. Meu erro é o modo como vi a vida se abrir na sua carne e me espantei, e vi a matéria de vida, a placenta e sangue, a lama viva. Em Minheirinho se rebentou o meu modo de viver" (LISPECTOR, 1999, p. 124), porque nele se descobriu toda a feiura de um mundo que cria desiguais, quando diz haver igualdade.

O artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 sempre esteve suspenso para Mineirinho, Marielle Franco, Ágatha Félix, Miguel Otávio e João Pedro Mattos, muito antes o advento da Constituição Cidadã porque assim se decidiu ser, por meio de um poder soberano, em que "[...] a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é *descartável* e quem não é." (MBEMBE, 2018, p. 41) e por isso é tão necessário lembrar que as vidas negras importam.

É preciso redefinir as bases estatais, proclamar novos signos de valor, defender a vida de todos, porque o que define o outro não é um critério que se reduz no tempo, mas que a cada dia se amplia com a finalidade precípua de abarcar a todos.

> Cada vez mais, a guerra não ocorre entre exércitos de dois Estados soberanos. Ela é travada por grupos armados que agem por trás da máscara do Estado contra os grupos armados que não têm Estado, mas que controlam territórios bastante distintos; ambos os lados têm como seus principais alvos as populações civis desarmadas ou organizadas como milícias. (MBEMBE, 2018, p. 60).

No final, o inimigo é qualquer um [à escolha racista] que estiver a disposição desse poder.

Berenice Bento (2018), contudo, estabelece em seu estudo *Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação?* a perspectiva necrobiopolítica que, como afirmado pela autora, o termo que ainda está em construção e compreende que antes de haver a biopolítica existem:

> [...] a pilhagem e o genocídio que antecederam aquilo que hoje se pode chamar, de forma limitada, a meu ver, de "biopoder" –conceito que temos utilizado em nossos estudos sobre violência de Estado sem o devido cuidado com as condições históricas que definem uma cultura política baseada na eliminação do Outro (BENTO, 2018, s.p.).

Com base nessa perspectiva que se volta para o início do processo de desapropriação do ser negro de sua condição de *bios*, Berenice Bento (2018) afirma que a Lei do Ventre Livre é por excelência o lócus da necrobiopolítica brasileira, pois permitiu que a criança nascesse livre, mas sua mãe permanecesse escrava. À criança seria conferido status de cidadão, mas a mãe continuaria vida nua de direitos.

> O corpo da mulher negra estava atravessado por duas formas distintas de poder. Talvez esse corpo, no âmbito dessa lei, seja a melhor metáfora que expressa o necrobiopoder que estrutura o Estado brasileiro. Sabe-se que o alcance da Lei do Ventre Livre foi mínimo (Costa, 2008). Os/as filhos/as das mulheres escravizadas não conseguiram entrar na população brasileira, mas foi no choque das posições expressas pelos parlamentares que se pôde notar o receio, além das possíveis perdas financeiras, de ter na população brasileira pessoas que deveriam continuar em suas contabilidades como "peças" (BENTO, 2018, s.p.).

Entretanto, o processo de inclusão/exclusão não cessou com a Lei do Ventre Livre, de forma que o Estado afirmou e reafirmou ao longo dos séculos a pilhagem da condição de ser da população negra por meio de suas diversas políticas estatais.

## 5.1 Dissonância (in)compreensiva: exclusão e existência

Em 13 de maio de 1888, foi promulgada a Lei Áurea, proibindo a escravização no Brasil, mas sem garantias que a invisibilidade e a exclusão deixassem de fazer parte da existência negra. Ao serem libertados, os ex-escravos

sem terem onde morar começaram a habitar os morros, formando ali um lugar de exclusão.

> Por elas vivem mendigos, os autênticos, quando não se vão instalar pelas hospedarias da rua da Misericórdia, capoeiras, malandros, vabundos de toda a classe: mulheres sem arrimo de parentes, velhos que já não podem mais trabalhar, crianças, enjeitados em meio a gente válida, porém o que é pior, sem ajuda de trabalho, verdadeiros desprezados da sorte esquecidos de Deus [...]. No morro, os sem-trabalho surgem a cada canto. (EDMUNDO, 2003, s.p).

Os escravos recém libertos além da discriminação em virtude da cor formavam junto com a população pobre os "indesejados", aumentando o número de desocupados, trabalhadores temporários e com baixa remuneração, mendigos e crianças abandonadas resultando em um aumento da violência. Sem saneamento básico, sem emprego, moradia digna, acesso à saúde e à educação. Marcados pela exclusão e uma constante marginalização, os escravos recém libertos criaram em conjunto com os demais *excluídos* as favelas, consideradas " o lócus da pobreza, espaço onde residiam trabalhadores e se concentravam, em grande número vadios e malandros, a chamada 'classe perigosa'." (VALLADARES, 2005, p.07). Os cortiços também começaram a despontar como lugar de moradia dos "diferentes"; ademais, podemos fazer uma analogia entre a senzala e os cortiços, uma vez que os dois apresentam características comuns: pequenos espaços ocupados por várias famílias onde a falta de privacidade e condições degradantes de existência se faziam presente.

O ser negro após a abolição teve que enfrentar outro problema, além dos mencionados: à desvalorização de sua mão de obra devido à política de imigração.

Visando o embranquecimento da população em 28 de junho de 1890 é promulgado o Decreto n. 528[8] que favorecia os imigrantes europeus e negava o livre acesso aos imigrantes de países africanos e asiáticos, que precisavam de autorização do Congresso Nacional para entrar no país:

> Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos àacção criminal do seu paiz, exceptuados os indígenas da Asia, ou da

[8] Assinado pelo General Manoel Deodoro da Fonseca, este decreto estabelece a política de imigração no Brasil, contendo 43 artigos. "Regularisa o serviço da introducção e localisação de immigrantes na República dos Estados Unidos do Brazil (sic)" (BRASIL, 1890).

> Africa quesómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas (sic) (BRASIL, 1890).

A discriminação presente no Decreto n. 528, tinha um propósito substituir a mão de obra negra pela branca europeia:

> A partir do final do século XIX, a mão de obra negra escrava passou a ser substituída progressivamente pela mão de obra branca imigrante decorrente de países europeus, como Alemanha, Espanha e Itália, dando forças assim à teoria do branqueamento, que incentivava massivamente a imigração europeia e excluía a mão de obra negra (COSTA; AZEVEDO, 2016).

A elite brasileira via o ser negro como um obstáculo "ao projeto de branqueamento da nação, sonhado pela elite nacional" (SOUZA, 2013, p. 40) e, para tanto, maculavam a imagem do trabalho negro com dizeres de trabalhador desqualificado, ignorante e indolente. Esquecendo, portanto, que esses excluídos desempenharam outrora as mais diversas funções como, por exemplo, marceneiro, carpinteiro, agricultor, minerador.

Ainda na esteira da exclusão do negro trazemos o Decreto n. 847[9], de 11 de outubro de 1890 cujo Capítulo XIII reafirma o preconceito contra o negro e sua cultura e a capoeira era associada à vadiagem e, portanto, criminalizada.

> CAPITULO XIII
>
> DOS VADIOS E CAPOEIRAS
>
> Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: (sic)
>
> Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias.
>
> § 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena. (sic) (BRASIL, 1890).

[9] Promulga o Codigo Penal. "O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte: CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL (sic)" (BRASIL, 1890).

Ademais, outra exclusão se apresentava no mesmo Decreto, as religiões de matrizes africanas eram consideradas ocultismo e bruxaria e seus adeptos penalizados com prisão e multa.

O Decreto n. 587, também discriminava algumas profissões exercidas pelos negros barbeiros e sangradores eram taxadas de "curandeirismo" e, portanto, o exercício era penalizado.

No tocante à questão do trabalho, o negro além de ser impedido de exercer determinadas atividades laborais ainda, precisava concorrer com o imigrante europeu, uma vez que a aborção do negro no mercado de trabalho foi lenta e, abandonados à própria sorte não conseguiam concorrer com os imigrantes europeus, nem mesmo na lavoura; a mudança de status de escravo para homem livre não mudou a mentalidade social de inferioridade, bem como não alterou as influências herdadas nos duros anos de escravidão e a eles restaram os trabalhos mais simples e com menor remuneração, em que não eram exigidas aptidões qualificadas.

O ser negro feminino com o final da escravidão sai da cozinha da casa grande para a cozinha da família branca elitizada; da senzala para um quartinho no fundo da casa; de ama de leite e cuidadora dos filhos da sinhá, para babá e o trabalho doméstico passa a configurar como um meio de sobrevivência.

> [...] o âmbito do trabalho doméstico inclui, em um extremo, as mucamas, as amas-de-leite e, no outro, as carregadoras de água ocasionais, as lavadeiras e costureiras. Até mesmo as mulheres que vendiam frutas, verduras ou doces na rua eram geralmente escravas que, com frequência, desdobravam-se também em criadas da casa durante parte do dia. A meio caminho estavam as cozinheiras, copeiras e arrumadeiras. O que as distinguia não era apenas o valor aparente de seu trabalho para o bem-estar da família, refletindo no contato diário que cada um tinha com os membros desta, mas também o grau de supervisão. [...] (GRAHAM, 1992, p.18).

Neste contexto, o trabalho doméstico é marcado por relações de dominação e opressão, gênero e raça, perpetuando a existência invisível do ser negro.

A escravidão terminou, mas suas lembranças estão presentes no cotidiano e na existência do ser negro, cuja identidade é esteriotipada e forjada socialmente segundo Nilma Lino Gomes (2002); na comparação entre os sinais diacríticos do corpo negro, como a cor, o cabelo, o nariz e os sinais do corpo do branco europeu serviu de argumento para formulação de um padrão de beleza e de fealdade que persegue o grupo étnico-racial negro da escravidão até os dias atuais.

Questões sociais e estruturais ainda trazem a tona o lugar do negro na sociedade, perpetuando que "mulheres negras são consideradas pouco capazes porque existe todo um sistema econômico, político e jurídico que perpetua essa condição de subalternidade, mantendo-as com baixo salário [...]" (ALMEIDA, 2019, s.p.); reafirmando que o lugar da mulher negra é na cozinha, cuidando da casa e dos filhos de alguém e por que não dizer que o racismo constitui todo um complexo imaginário social sendo constantemente reforçado.

> Após anos vendo telenovelas brasileiras, um indivíduo vai acabar se convencendo de que mulheres negras têm uma vocação natural para o trabalho doméstico, que a personalidade de homens negros oscila invariavelmente entre criminosos e pessoas profundamente ingênuas [...]. Da mesma forma, o imaginário em torno do negro criminoso representado nas novelas e nos meios de comunicação não poderia se sustentar sem um sistema de justiça seletivos, sem a descriminalização da pobreza (ALMEIDA, 2019, s.p).

O negro é estigmatizado em virtude da cor de sua pele, Franz Fenon (2008), já havia chamado esse processo de "esquema epidérmico" do sistema colonial, o arcabouço de discursos culturais, políticos e históricos de estigmatização do negro, ademais esta estigmatização se faz presente quando o negro é considerado "bandido" por causa de sua cor. É incriminado, como foi Gabriel Silva Santos (22 anos) *negro, cabelo loiro e tatuagem* que, ao sair de um banco, após ter sacado o seguro-desemprego enquanto falava ao celular na cidade de Salvador, foi abordado por policiais. A justificativa para o racismo institucional é que estavam procurando por um homem negro, loiro e com tatuagens. Levado à delegacia e mesmo não sendo reconhecido pelas vítimas foi detido. "Policiais justificam suas ações porque notaram 'atitudes suspeitas'. A expressão 'atitude suspeita' tornou-se suficiente para que policiais prendam e matem. O que é uma atitude suspeita? Não é apenas 'uma atitude', mas um corpo, uma pele, uma região." (BENTO, 2018, s.p.).

Neste sentido, Berenice Bento (2018) acrescenta à sua concepção necrobiopolítica do Estado brasileiro, o auto de resistência:

> O auto de resistência foi um instrumento criado pela Ditadura Militar, em 1969, para justificar os assassinatos de opositores. A polícia alterava a cena das execuções e afirmava que tinha matado numa situação de resistência armada à prisão. A *Human Rights Watch* (2009) analisou parte dos 11mil autos de resistência registrados pelas polícias do Rio de Janeiro e São Paulo entre os anos de 2003 e 2009.

> O relatório conclui que parte considerável desses autos de resistência foram execuções. Estima-se que 80% dos boletins de ocorrência policial sobre autos de resistência tinham fortes indícios de abuso policial (BENTO, 2018, s.p.).

Números que se somam a tantos outros *Mineirinhos*, em uma "prática policial [...] legitimada pelo poder judiciário, por meio dos arquivamentos dos autos de resistência, o que implica uma política sistemática do Estado. Não se trata de um comportamento desviante de alguns membros da corporação." (BENTO, 2018, s.p.).

A invisibilidade do ser negro ainda se faz presente em outros momentos. No dia 31 de julho de 2020, um motoboy de aplicativo foi vítima de racismo em um condomínio de luxo na cidade de Valinhos, o agressor apontando para a própria pele insinua que o entregador teria inveja do seu tom de pele; não satisfeito afirma que o mesmo jamais terá condições de se igualar a ele que é rico enquanto o diferente é favelado e, portanto, tem inveja das casas e das famílias que ali residem e que nem seu nome é digno dele (Matheus). O racismo estrutural enquanto formalização de um conjunto de práticas institucionais, culturais e interpessoais é uma constante, frequentemente situações como a descrita, em que um determinado grupo social ou étnico se coloca em posição de superioridade em detrimento do *diferente* são apresentadas; tal preconceito ainda supõe que o ser negro é *coisa*, *objeto*, como o fora outrora.

Infelizmente, as histórias narradas não são casos isolados e no dizer de Almeida (2019) o racismo é, um sistema de racionalidade e o preconceito não é problema de ignorância, mas de algo que tem sua racionalidade embutida na própria ideologia. O ser negro além de estigmatizado será sempre considerado culpado, em que a sentença da Juíza Inês Marchalek Zarpelon, da 1ª Vara Criminal de Curitiba é exemplificativa ao citar a raça como critério de condenação (CARVALHO; BERTHONE, 2020).

Na abordagem foucaultiana de racismo, a letalidade estatal está relacionada ao racismo, quer seja por meio de 13 tiros que tiram o sono ou por meio da invisibilidade social, que mata em igual proporção. Massacrados existencialmente, numa exclusão que faz parte do seu cotidiano. Relegados a espaços insalubres e subempregos que perpetuam as condições degradantes do período escravocrata.

Na perspectiva necrobiopolítica de Berenice Bento (2018), o Estado brasileiro realiza essa cisão biológica dos corpos matáveis desde sempre e a mantém até hoje, por meio do medo como elemento perpetuador das exclusões e o "Estado vai reestruturar de forma permanente o medo, nos termos em que os interesses históricos exigirem." (BENTO, 2018, s.p.). Medo este

que é narrado por Clarice Lispector, mas sob o qual deve sempre ficar a lição de que a *justiça* de Estado que *protege* a *todos* ao matar o *inimigo* da Nação:

> [...] não se esqueça de que nós todos somos perigosos, e que na hora em que o justiceiro mata, ele não está mais nos protegendo nem querendo eliminar um criminoso, ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado. Na hora de matar um criminoso – nesse instante está sendo morto um inocente (LISPECTOR, 1999, p. 126).

E, quando um morre, morrem todos, pois o *ser* humano já não é mais suficiente para evitar as barbáries. E se por medo, permite-se tudo isso, significa que todos já perderam a humanidade.

## 6 Conclusão

Clarice Lispector escreve a crônica *Mineirinho* na década de 1960, baseada em fatos reais de sua morte violenta. Mas, a atualidade de seu texto é factível, representativa de uma violência de Estado que continuamente e metaforicamente assassina vidas negras. Clarice Lispector escreve sobre necropolítica sem saber, sem que a teoria tivesse existido.

O assassinato de George Floyd em 2020 reacendeu a discussão: por que o Estado ainda está a matar vidas negras? Um debate que Clarice Lispector já iniciava e cuja resposta é: porque tudo isso (a morte de *Mineirinho* e George Floyd) faz parte de um projeto político: necropolítico, em que se escolhe quem vive e quem morre. Esse projeto é moderno, contemporâneo, mas a escolha por quem deve morrer é antiga, principalmente, se se considerar que a marca da escravidão existe desde a Grécia Antiga, em que ao de fora, ao excluído, pune-se com a servidão do corpo, da alma, da mente e da existência cidadã.

A escravidão negra colonial manteve essa lógica e pela diferença da cor, escolheu quem deveria ser *menos*. Da Lei do Ventre Livre; da Lei Áurea e demais instrumentos segregacionistas estabelecidos pelo Estado brasileiro aos dias de hoje, nada mudou. A ausência de políticas públicas de inserção do escravo recém liberto foi um projeto necropolítico de Estado: dá-se a liberdade, mas nega-se todos os meios necessários para efetivá-la. Demarca-se os corpos na desigualdade; na servidão perpétua.

Sou livre, pensou o escravo. Mas, nada mudou: ele se tornou *Mineirinho*.

Quando se observa a consternação uníssona em prol da vida prematuramente ceifada de George Floyd, questiona-se: mas e o quintal brasileiro? Sobre ele se faz de sonso, por uma *justiça* que protege a casa, mas que

ao décimo terceiro tiro, sempre se tira o sono, porque nele se revela todo o sangue que foi demarrado para sua *proteção*. Para protegê-la (a *justiça*) estabelece-se o inimigo da Nação, que é sempre o mesmo, desde o início. O Estado e o Direito que se forjam na violência fundadora que oprime o estado de natureza, para afastar a guerra de todos contra todos e por meio do medo, escolhe agora apenas um inimigo. E, nessa atual guerra de todos contra um, o ser negro continua *levando* a pior.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólem Livros, 2019. [e-book].

ARISTÓTELES. **A Poética**. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

BENTO, Berenice. Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação? **Cadernos Pagu**, n. 53, 2018. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8653413/18511. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html. Acesso em: 13 ago. 2020.

CARVALHO, Cleide; BERTHONE, Rodrigo. Juíza cita raça de réu negro em sentença de condenação no Paraná. **O Globo**, 12 ago. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/juiza-cita-raca-de-reu-negro-em-sentenca-de-condenacao-no-parana-24581979. Acesso em: 15 ago. 2020.

COSTA, Duane Brasil; AZEVEDO, Uly Castro. Das senzalas às favelas: por onde vive a população negra brasileira. **Socializando**, ano 3, n. 1, 2016, p. 145-154. Disponível em: https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2016/07/Socializando_2016_12.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos. Niterói: **Tempo**, vol.12, n. 23, 2007, p. 100-122. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/tem/v12n23/v12n23a07.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

EDMUNDO, Luis. **O Rio de Janeiro do meu tempo**. Brasília: Edições do Senado Federal. V.1, 2003.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Trad. Renato Silveira. Salvador: Edufba, 2008.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 7 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

GAAKEER, Jeane. **Judging from experience. Law, praxis, humanities**. Edimburgo: Edinburg University Press, 2019.

GOMES, Nilma Lino. **O Movimento Negro educador**: saberes construídos nas lutas por emancipação. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. [e-book].

GOMES, Nilma Lino. Trajetórias escolares, corpo negro e cabelo crespo: reprodução de estereótipos ou ressignificação cultural? **Revista Brasileira de Educação**, n. 21, set.- dez. 2002, p. 40-51. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbedu/n21/n21a03.pdf. Acesso em: 26 jul. 2020.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Antropologia**, vol.47 n.1, 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012004000100001. Acesso em: 25 jul. 2020.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. **Proteção e obediência**: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro (1860-1910). São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

HASENBALG, C., **Os Números da Cor**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Afro-Asiáticos, 1996.

JORNAL RECOMEÇO. **O conto "Mineirinho"**. 02 abr. 2008. Disponível em: http://jornalrecomeco.blogspot.com/2008/04/mineirinho.html. Acesso em: 15 jul. 2020.

LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: LISPECTOR, Clarice. **Para não esquecer**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p.123-126.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2014.

MELO, Maria Luisa de. Primeira vítima do RJ era doméstica e pegou coronavírus da patroa no Leblon. **Uol**, 19 mar. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/19/primeira-vitima-do-rj-era-domestica-e-pegou-coronavirus-da-patroa.htm?cmpid. Acesso em: 25 jul. 2020.

MOURA, Clóvis Steiger de Assis. **Dialética do Brasil negro**. São Paulo: Editora Anita Ltda, 1994.

MOURA, Clóvis Steiger de Assis. **Rebeliões da senzala**. 3 ª ed. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981.

NASCIMENTO, Abdias do. **O Genocídio do Negro Brasileiro**: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1978.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrsimo e América Latina. In: Lander, E. (org.) **A colonialidade do saber** – Eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RIBEIRO, Dudu; SANTANA, Luciene. Racismo: uma tecnologia de poder. In: RAMOS, Sílvia, et. al. [Org.]. **Racismo, motor da violência***:* um ano da Rede de Observatórios da Segurança. Rio de Janeiro: Anabela Paiva, Centro de Segurança e Cidadania (CESeC), 2020, p. 14-17. Disponível em: http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Racismo-motor-da-violencia-1.pdf. Acesso em: 03 ago. 2020.

RICOEUR, PAUL. **A metáfora viva**. São Paulo: Loyola, 2000.

SOUZA, Rolf Malungo de. Falomaquia: Homens negros e brancos e a luta pelo prestígio da masculinidade em uma sociedade do Ocidente. **Revista Antropolítica**, n.34, p. 35-52, 2013. Disponível em: https://periodicos.uff.br/antropolitica/article/view/41516/23636. Acesso em: 15 jul. 2020.

VALLADARES, Licia do Prado. **A invenção da favela**: do mito a origem da favela. com. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

VIÑAS, Diego; DURAN, Pedro; CARVALHO, Júlia. Morrem 40% mais negros que brancos por coronavírus no Brasil. **CNN**, 05 de jun. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/06/05/negros-morrem-40-mais-que-brancos-por-coronavirus-no-brasil. Acesso em: 23 jul. 2020.

# O COMÉRCIO INTERNACIONAL COMO PROMOTOR DA PAZ: as Restrições às Exportações e o Risco à Estabilidade Democrática

# INTERNATIONAL TRADE AS A PROMOTER OF PEACE: Export Restrictions and the Risk to Democratic Stability

Luena Abigail Pimenta Ricardo[1]
Lucas Narciso Pimenta Ricardo[2]

**RESUMO:** A presente pesquisa visa analisar a proliferação de restrições às exportações ocorridas durante as crises mundiais, a exemplo da Pandemia do Coronavírus – COVID-19. Os Estados possuem a prerrogativa e o dever de proteger suas economias, podendo, caso considere eficaz, adotar medidas restritivas às exportações. No entanto, estudos demonstram que tais limitações são prejudiciais aos países, já que geram instabilidade política e perigo à população de outros países, podendo ocasionar, a longo prazo, a retração do comércio entre as nações. Os países impossibilitados de realizar importações acabam se fechando, por receio de novas crises, e se perdendo no âmbito do sistema de comércio. A solução que se apresenta é a criação de protocolo específico para implementação nos momentos de crise, objetivando a estabilidade democrática dos países, uma vez que a premissa adotada

[1] Mestranda em Negócios e Cultura Diplomática pela Furtwangen University. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Membro da Academia de Futuros Sustentáveis da Universidade de Cambridge em parceria com a Humboldt Universidade de Berlin. Foco de pesquisa em Sustentabilidade e Redução de Pobreza. E-mail: luenaricardo@aol.com

[2] Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Diretor de Pesquisa do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP) da Faculdade Mineira de Direito e Pesquisador do Portal Direito Internacional Sem Fronteiras, na área de Direito Internacional Privado. Interessa-se por Direito Econômico Internacional. E-mail: narciso_lucas@hotmail.com.

neste trabalho é a de que o comércio internacional é promotor de harmonia entre os Estados.

**Palavras-chave:** Comércio Internacional. Democracia. Exportação. Organização Mundial do Comércio. Paz.

**ABSTRACT:** This research aims to analyse the proliferation of export restrictions that have occurred during world crises, such as the Pandemic Coronavirus - Covid-19. States have the prerogative and the duty to protect their economies and may, if they deem effective, adopt restrictive export measures. However, studies show that such limitations are detrimental to countries as they create political instability and endanger the populations of other countries, and can in the long run lead to a decline in trade between nations. Countries that are unable to import end up closing down for fear of new crises and losing out within the trade system. The solution is to create a specific protocol for implementation in times of crisis, while maintaining the democratic stability of countries, since the premise adopted in this work is that international trade promotes harmony among states.

**Keywords:** International Trade. Democracy. Export. World Trade Organization. Peace.

## 1 INTRODUÇÃO

A Crise decorrente da Pandemia do Coronavírus – COVID-19 – surgiu de maneira inesperada, trazendo reações diversas, advindas da falta de informação precisa sobre os impactos que poderiam ser causados pelo vírus na saúde pública e economia mundial. Nesse contexto, muitos Estados, a fim de proteger, adotaram medidas restritivas de circulação da população, enquanto tentavam entender melhor o cenário que se desenhava nos âmbitos interno e externo. Certo é que muitos países tomaram medidas "injustificáveis" de restrição à exportação de produtos, prejudicando, assim, países que dependem da importação de bens para abastecerem seus mercados internos. Tais restrições evidenciaram o risco que países que dependem de importação de produtos básicos ficassem sem ter acesso a bens essenciais para consumo de sua população.

Ressalta-se que as restrições às exportações, principalmente de bens essenciais, podem causar instabilidade no ambiente democrático e, assim, contribuir para um aumento das tensões entre os Estados. E, da mesma forma, causar diversos problemas para os países importadores e suas respectivas populações consumidores, por gerar um "efeito dominó", a partir da regressão do comércio internacional.

Diante desse quadro, o objetivo do presente trabalho é o de analisar as restrições às exportações pelos países e o consequente prejuízo ao sistema de comércio internacional, bem como, demonstrar de que maneira tais restrições ameaçam o ambiente pacífico entre os Estados, mantido desde a Segunda Grande Guerra Mundial.

Nesse contexto, questiona-se se as regras do Sistema de Comércio Internacional, repousadas na Organização Mundial do Comércio – OMC –, são eficazes para estabilizar o Sistema de Comércio Internacional durante os períodos de crises de abrangência mundial. A hipótese que se apresenta para essa questão é a de que a OMC carece de regras com capacidade de alterar eficazmente o cenário mundial nos momentos de instabilidade, mais precisamente o Sistema de Comércio Internacional.

Nessa perspectiva, convém inicialmente abordar a evolução do Sistema de Comércio Internacional, bem como demonstrar sua relação com a harmonia entre os Estados. Para posteriormente, tratar de sua relação com o ambiente político-democrático; e, por fim, analisar a necessidade da OMC reformular suas regras, de modo a melhor se preparar para, junto com os países, atuar na superação das crises, a exemplo da Pandemia do COVID-19.

## 2 O COMÉRCIO E A PROMOÇÃO DA PAZ

Entre os Séculos XV e XVIII, o ideal mercantilista foi largamente utilizado pelos recém criados Estados-Nações. Nessa época, persistia a ideia de que para um Estado se desenvolver e se fortalecer politicamente, o aumento do superávit comercial era essencial. Desse modo, eles protegiam o mercado interno ao mesmo tempo em que esforçaram-se para exportar ao máximo, gerando, com isso, acúmulo de capitais. Watson (2016) assegura que

> predominava a noção de que o acúmulo de reservas, obtidas graças aos superavits comerciais, estava associado ao poder político. Assim, os governos buscavam a promoção de exportações e restrições de importações, mediante quotas, tarifas, embargos ou medidas administrativas. (WATSON, 2016, p. 55).

Ressalta-se, no entanto, que na mesma época em que o Mercantilismo dominava já existia aqueles que o criticasse. Em *A Riqueza das nações (1776),* Adam Smith, filósofo escocês e defensor do livre-mercado, apresentou a Teoria das Vantagens Absolutas, na qual demonstrou que o comércio internacional é vantajoso até para os países que não apresentam superávit. Adam Smith, citado por Tripoli e Prates (2016), defende que “o livre-comércio tem a propriedade de gerar ganhos aos países envolvidos na troca porque o

comércio possibilita a especialização e, consequentemente, ganhos de produtividade." (TRIPOLI; PRATES, 2016, p. 56). Nessa ordem de ideias, os autores afirmam que, posteriormente, David Ricardo aperfeiçoou o argumento de Adam Smith ao elaborar a Teoria das Vantagens Comparativas e que em sua obra, *Princípios de Economia Política e Tributação (1817)*, Ricardo reconhece que, ainda que um país não seja o mais eficiente na produção de um bem, mesmo assim pode ser beneficiado pelo comércio internacional. Apesar de Adam Smith e David Ricardo terem identificado vantagens econômicas para os países que se abrem para o mercado internacional, a adoção da visão mercantilista ainda era forte. Cumpre informar que essas teorias ficaram conhecidas como Teorias Clássicas do Comércio Internacional.

Salienta-se que, contemporaneamente, o debate a respeito do comércio ainda é temática presente no mundo acadêmico. A título de exemplo, cita-se a "*Nova Teoria do Comércio Internacional*", de autoria do Professor da Universidade de Princeton – Estados Unidos –, Paul Krugman, segundo a qual o comércio internacional tem a possibilidade de oferecer maior variedade de produtos. Infere-se, necessariamente que economias, quando expostas ao mercado externo, expandem o mercado para os seus bens, aumentando, desse modo, a produtividade e diminuindo os preços de produção. E, em uma situação hipotética de pleno emprego, a abertura comercial desloca os trabalhadores para os setores mais produtivos aumentando o nível de produção. Dessa maneira, o comércio internacional beneficiaria os países de duas formas: primeiro com a maior oferta de bens, dado que nenhum país consegue produzir todos os produtos isoladamente; e, segundo, pela maior especialização, o que elevaria a produtividade e os salários. Admite-se, ainda, de acordo com essa teoria, que países com indústrias modernas, nos quais há mais economia de escala, tendem a crescer mais rápido. Nessa linha de desdobramento, não se descarta a possibilidade de uso de políticas protecionistas para construção de tais vantagens comparativas, ressalvado que essas devem ter caráter temporário. (SILVA; LOURENÇO, 2017, p.168-172).

Desse modo, ficam evidentes as vantagens econômicas inerentes ao comércio internacional, entretanto, ele surte efeito ainda mais central do que os benefícios advindos de uma maior abertura comercial. Considera-se que o comércio tem o efeito de trazer paz e harmonia entre as nações, uma vez que apresenta-se como promotor muito mais eficaz do que os acordos e os tratados internacionais. Reconhece-se que essa ideia não é nova e que já era observada mesmo antes de Adam Smith e David Ricardo formularem suas teorias em defesa do comércio internacional. Montesquieu, em sua conhecida obra intitulada *Espírito das Leis (1748)*, assegura que "o efeito natural do comércio é trazer a paz. Duas nações que comerciavam juntas tornam-se reciprocamente dependentes; se uma tem interesse em comprar, a outra

em vender; e todas as uniões estão baseadas nas mútuas necessidades." (MONTESQUIEU, 1966, p. 344).

De fato, essa ideia foi resgatada ao final da Segunda Guerra Mundial. Sabe-se que após a Primeira Guerra Mundial, os países tiveram uma lenta recuperação econômica, a qual foi ainda mais prejudicada em função da Crise de 1929, de tal sorte que os referidos acontecimentos geraram políticas econômicas protecionistas, causando grande queda no comércio exterior da época. "A recessão dos anos 30, embora tenha sua raiz em fatores financeiros e monetários, foi exacerbada por políticas protecionistas, voltadas para à proteção do mercado interno e dos postos de trabalho." (WATSON, 2016, p. 56). Ademais, ainda segundo a autora, "os anos 30 também testemunharam os arranjos comerciais discriminatórios, concluídos tanto por razões econômicas, como políticas." (WATSON, 2016, p. 56). Não se pode deixar de consignar que essa visão também é compartilhada por Bichara (2014) quando afirma que

> Todavia, com a grande depressão econômica dos anos 1930, que adveio da crise histórica do capitalismo simbolizada pelo crash da Bolsa de Nova York de 1929, os Estados saíram de sua reserva intervencionista para adotar iniciativas que garantissem a volta ao crescimento econômico com medidas protecionistas de mercado. (BICHARA, 2014, p. 2).

Neste ponto, merece ser lembrada a premissa de que o comércio está intrinsecamente ligado à paz e harmonia entre os Estados e o que se observa é que as frequentes práticas protecionistas foram um dos motivos que culminaram na Segunda Grande Guerra Mundial. Após esse desastroso confronto, evidenciou-se a importância de se construir mecanismos para evitar que novos confrontos dessa magnitude ocorressem. Há de se concluir que houve o resgate da concepção do comércio como sendo um dos instrumentos de fomento à paz. Entendia-se que, quanto maior a interdependência entre as nações, menos provável seria a ocorrência novamente de um confronto armado. Porém, diferentemente do que muitos pensam, o livre-comércio tem importância central para promoção da paz.

A propósito do tema, Quaglia (2011) afirma que "outra frente de trabalho para o estabelecimento e manutenção da paz e segurança internacionais após o fim da Segunda Guerra Mundial consistiu na criação de instituições econômico/financeiras com um viés intervencionista de cunho keneysiano." (QUAGLIA, 2011, p. 26). Ainda de acordo com a autora,

> medidas do tipo uma redução quase a zero de barreiras comerciais gerava um sistema aberto, nos moldes desejados pelo Sistema de

> Bretton Woods. Nesse sentido, apesar das medidas comerciais terem ficado restritas ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (o GATT), fechou-se o círculo das medidas econômicas consideradas na época como fundamentais para a garantia da paz e segurança internacionais. (QUAGLIA, 2011, p. 34).

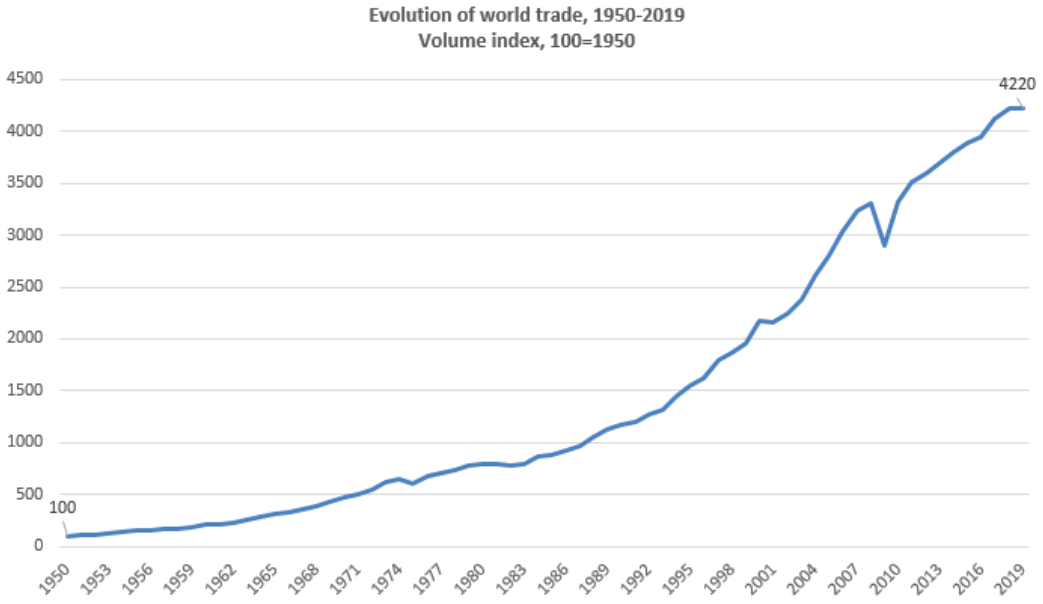
Nesse contexto, destaca-se o fato de que o entendimento de que o comércio era fundamental para a promoção da paz prevaleceu junto aos formuladores de Bretton Woods. Com esse pano de fundo e para evitar as medidas protecionistas do entre guerras, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio[3] – GATT – foi aprovado em Genebra, na Suíça, em 1947, entrando em vigor em janeiro de 1948. O Acordo, inicialmente aprovado em caráter provisório, acabou perdurando por mais de quarenta anos, devido à não instituição da Organização Internacional do Comércio – OIC –, em consequência da falta de ratificação do Tratado de Havana pelo Congresso Americano.

Neste momento, cabe ressaltar que as restrições às exportações foram tema do GATT, conforme demonstrado por Watson (2016) quando afirma que "no texto final do GATT, vale ressaltar as negociações em torno das restrições quantitativas, que abarcaram também as exportações." (WATSON, 2016, p. 69). Reconhece-se que o GATT obteve sucesso ao reduzir as tarifas e, dessa forma, expandir vertiginosamente o comércio internacional. A título de exemplo, pode-se citar as tarifas médias aplicadas para bens que foram reduzidas de 40%, em 1947, para 5%, em 1994. (WATSON, 2016, p. 71). O sucesso do GATT, também pode ser medido por meio da quantidade de países contratantes que, em 1947, quando de sua instituição, contava com 23 países e, em 1994, alcançou a marca de um total de 128 países. Salienta-se que na Oitava Rodada de negociação, Rodada Uruguai – 1986-1994 –, os contratantes do GATT decidiram pela criação da Organização Mundial do Comércio – OMC –, que seria uma instituição com jurisdição para tutelar os temas de comércio internacional.

No que concerne ao Sistema GATT/OMC, reconhece-se que ele foi essencial para o crescimento vertiginoso do Comércio Internacional, desde a Segunda Grande Guerra, conforme demonstrado no Gráfico 1, a seguir.

[3] Em inglês: General Agreement on Tariffs and Trade – GATT.

Gráfico 1 - Evolução do Comércio Mundial




Fonte: WORLD TRADE ORGANIZATION. **Evolução do comércio no âmbito da OMC**: estatísticas úteis. Genebra, 2020a.

Diante desse quadro, fica evidenciado como a globalização da economia deixou o mundo muito mais interconectado e interdependente do comércio global. Vê-se logo, que apesar de ainda existirem conflitos, há de se constatar que atualmente existem muito menos confrontos armados do que em outros momentos. Merece ser citada a recente pesquisa de Jackson e Nei (2015), professores do Departamento de Economia da Universidade de Stanford – Estados Unidos –, que concluíram que existe uma correlação entre comércio internacional e a harmonia entre os Estados.

> Com base no modelo também examinamos algumas relações específicas, descobrindo que países com altos níveis de comércio com seus aliados são menos propensos a se envolverem em guerras com quaisquer outros países (incluindo aliados e não aliados), e que um aumento no comércio entre dois países se correlaciona com uma menor probabilidade de entrarem em guerra um com o outro. (JACKSON; NEI, 2015, p. 15.277, tradução nossa).

Desse modo, constata-se que apesar do comércio internacional ter claros benefícios econômicos para os países e, consequentemente, para população que dele participa, quando se aborda essa temática, na verdade, está se falando também em paz mundial.

## 3 RESTRIÇÃO À EXPORTAÇÃO E O RISCO À ESTABILIDADE DEMOCRÁTICA

Devido à antiga visão mercantilista, muitos Estados ainda acreditam que os superávits da balança comercial é o fim último a ser perseguido quando se faz comércio. Desse modo, ignoram todos os outros benefícios econômicos inerentes ao sistema internacional de comércio e, mais ainda, a estabilidade política e social que as trocas comerciais proporcionam. Na realidade, as proteções comerciais, apesar da forte redução desde o início da operação do GATT em 1947, são práticas presentes ainda em grande parte das nações, principalmente em países em desenvolvimento. "Dentro da lógica mercantilista, além das barreiras aos bens estrangeiros, era necessário que o Estado exportasse mais bens a fim de acumular riqueza." (TRIPOLI; PRATES, 2016, p. 49). Nesse contexto, outro ponto que reduz o livre-comércio são as restrições às exportações. É certo que o movimento contrário ao mercantilismo pode ser tão prejudicial à abertura comercial, quanto as barreiras são para às importações. Watson (2016) assegura que

> as restrições às exportações são definidas como uma medida de fronteira que toma a forma de uma regulamentação ou legislação governamental que limita a quantidade das exportações de determinados produtos ou condiciona explicitamente as circunstâncias em que essas exportações podem ocorrer ou, então, toma a forma de um imposto ou taxa governamental calculadas com o objetivo de limitar a exportação (definição tomada do caso de solução de controvérsia no contexto da aplicação do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias – WT/DS 194/R). (WATSON, 2016, p. 13)

A autora ainda afirma que as restrições podem causar diminuição nas exportações, aumentar os preços dos bens no mercado internacional e, pior, gerar uma espiral protecionista. "Se outros países exportadores seguirem o exemplo – o que, por vezes, ocorre, com o fim de conter pressão inflacionária internamente –, cria-se um efeito espiral com consequências ainda mais negativas sobre os preços internacionais." (WATSON, 2016, p. 14-15). Sendo assim, acaba por gerar grande restrição ao livre-comércio e, consequentemente, prejudica todos os benefícios inerentes ao sistema de comércio internacional.

Nessa linha de desdobramento, pode-se citar, a título de exemplo, as crises sanitária e econômica, de abrangência mundial, causadas pelo Coronavírus – COVID-19. Esse cenário acabou por fomentar a adoção, por vários países, de medidas unilaterais visando restringir as exportações. Diante desse cenário, a OMC, órgão máximo de promoção do Comércio Internacional, lançou, no dia 23 de abril de 2020, uma Nota Informativa na qual comunicou que 46[4] de seus membros introduziram medidas de restrição à exportação, dos quais somente 13 países notificaram a entidade a respeito. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020a, p. 1-2). A medida traz grandes rupturas às cadeias produtivas, que dependem de cooperação global para seu balanço. Segundo a OMC (2020):

> Cadeias de valor que funcionam bem podem ajudar a aumentar rapidamente a produção enquanto conter aumentos de custos. À medida que nova produção estiver disponível, o comércio será essencial para movimentar suprimentos de onde são abundantes até onde faltam, especialmente como a doença picos em momentos diferentes em locais diferentes. No entanto, a falta de riscos de cooperação internacional dificultando a resposta de abastecimento urgentemente necessária. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020b, p.1, tradução nossa).

A emergente situação é considerada pelo irreverente professor Nassim Nicholas Taleb como um evento "cisne branco". De acordo com o pesquisador, a pandemia é compreendida como algo que poderia acontecer eventualmente, e que a inevitabilidade se dá por conta da rapidez com a qual os eventos sucedem. Em Nota, Norman, Bar-Yam e Taleb (2020) declaram que "estamos lidando com um processo extremamente complicado, devido a uma maior conectividade[5], o que aumenta o risco de propagação não linear. [...] estes processos têm atributos especiais, tornando a gestão de riscos convencional uma abordagem inadequada." (NORMAN; BAR-YAM; TALEB, 2020, p. 1, tradução nossa).

Por sua vez, António Guterres, Secretário-geral das Nações Unidas, chamou a pandemia de "briga de uma geração" e uma ameaça para paz e segurança no mundo (UNITED NATIONS, 2020). O diplomata considera este o mais grave teste da ONU desde sua fundação. Em suas palavras, "já estamos vendo os impactos sociais e culturais ruinosos, enquanto governos pelo mundo lutam para encontrar as respostas mais eficazes para o aumento do desemprego e a desaceleração econômica" (UNITED NATIONS, 2020, tradução nossa).

[4] 72 caso os Estados membros da União Europeia fossem contados separadamente.

[5] Conectividade entre países, comércios, pessoas.

Certamente, com a redução dos fluxos comerciais e restrições à importação, os países ficaram extremamente fragilizados pelo "efeito cascata" causado pela pandemia: com a redução de exportações, produtores locais ficam reféns do mercado interno e de decisões governamentais inusitadas – que, em situação de emergência, podem trazer insegurança econômica. A agência americana Congressional Research Service – CRS –, afirma em estudo que as "as restrições do preço doméstico nos países exportadores podem reduzir incentivos para as firmas produzirem e venderem em casa." (CONGRESSIONAL, 2020, p. 2). Além disso, a alta conectividade entre os mercados globais pode levar à falta de matéria-prima para a produção de bens basilares em países de capacidade de manufatura limitada, aumentando, assim, tensões sociais e desbalanço nos preços comerciais. Nesse contexto, a luta entre o interesse próprio consiste em uma dimensão global que agrava o cenário da crise.

Não se pode deixar de consignar que a conjuntura incerta e instável coloca em risco o Estado de Direito. Nesse contexto, o trabalho da ONU é o de envisionar a manutenção da paz, tendo como democracia um de seus princípios. No entanto, em função de crises mundiais, pode-se chegar a ameaçar os Direitos Humanos. Nesse prisma António Guterres, representante das Nações Unidas (2020), afirma:

> [...] as consequências econômicas desta crise podem criar grandes estressores, particularmente em sociedades frágeis, países menos desenvolvidos e aqueles em transição. A instabilidade econômica terá impactos particularmente devastadores para as mulheres, que constituem a grande maioria dos setores mais afetados. O grande número de famílias chefiadas por mulheres em ambientes de conflito são especialmente vulneráveis a choques econômicos. (UNITED NATIONS, 2020).

Governos democráticos são de grande importância para o acesso de oportunidades à sociedade civil. A Organização dos Estados Americanos – OEA – concorda que a democracia representativa e o império da lei "são indispensáveis para a construção de economias modernas, porque promovem a responsabilidade, a transparência e a estabilidade e semeiam oportunidades econômicas sem favoritismo" (OEA, 2002, p. 1). Com a potencialização das capacidades individuais por meio da democracia, indivíduos são capazes de contribuir para o desenvolvimento global, uma vez que restringir o acesso da sociedade civil à decisões de natureza comercial, em longo prazo, pode desestabilizar a democracia e endossar privilégios entre os participantes do "jogo".

Diante desse quadro, as restrições às exportações têm o perigoso potencial de desestabilizar estruturas democráticas, tão importantes para um

balanço saudável das relações globalizadas. A democracia também é garantidora da prosperidade de relações internacionais. Na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), está expresso no Art. 21 (3) que "a vontade do povo será a base de autoridade do governo" (UNITED NATIONS, 1948). Insatisfações populares, caso agravadas pela instabilidade ocasionada por crise na área da saúde, podem aumentar os riscos de medidas autoritárias de governos outrora democráticos e, com a interconectividade entre os governos, cadeias de produção e pessoas, gerar crises internacionais, afetando assim a "paz".

Certo é que com o cenário crítico protagonizado pela pandemia e os riscos inerentes da restrição comercial para a democracia, a instabilidade é reforçada por outros fatores sensíveis. Belin e Maio (2020), especialistas em Políticas Internacionais da Brookings, identificaram cinco grandes riscos que as democracias exibem. Entre eles, a necessidade de se proteger a integridade e segurança de processos eleitorais. De acordo com as autoras, "a pandemia do coronavirus levantou questões de muitos aspectos da vida política e eleitoral para além do ato de se votar. Campanhas e convenções foram forçadas a serem virtuais, limitando os esforços tradicionais de propaganda e comícios presenciais" (BELIN; MAIO, 2020, p. 3, tradução nossa). Outra preocupação consiste em como adequar o papel dos *experts* para o público – com as descobertas diárias em relação ao novo vírus, "governos precisam tomar decisões políticas com limitadas evidências." (BELIN; MAIO, 2020, p. 4). Estas decisões, que afetam diretamente a vida pública, influenciam o terceiro risco: a insurgência de populismo e nacionalismo e suas narrativas. Vozes interessadas em restringir os efeitos da globalização e migrações encontram nas restrições terreno fértil para seus discursos de intolerância. Extremistas visam explorar as vulnerabilidades e inseguranças da população meio a um inimigo desconhecido. A quarta preocupação se dá a partir da crescente desinformação originada pela *hyper*-politização do coronavírus. Políticos e influenciadores transformaram a crise de saúde em plataforma para defenderem seus ideais, criando "terra fétil" para desinformações, principalmente com o auxílio de mídias sociais.

O último perigo apresentado pelas autoras é a necessidade de defesa da democracia, uma vez que à medida que o coronavírus provoca rupturas na democracia e vida eleitoral (por conta das restrições), alguns governos aproveitaram a oportunidade para expandir desproporcionalmente seus poderes de emergência, a exemplo da Hungria, Turquia, Rússia e Israel. Por outro lado, países como a Alemanha, Reino Unido, França e Itália buscaram alcançar entendimentos mútuos, apesar de discordâncias internas para a contenção da crise. Por fim, as autoras afirmam que "os desafios colocados pela necessidade de máxima vigilância, pela crise econômica e potencial segunda ou

terceira ondas da pandemia COVID-19 sugerem que a resiliência dos regimes democráticos não pode ser dado como certo." (BELIN; MAIO, 2020, p. 6, tradução nossa).

## 4 A OMC E UM PROTOCOLO PARA MOMENTOS DE CRISES MUNDIAIS

Considerando que as restrições à exportação podem prejudicar o comércio internacional e, desse modo, afetar o ambiente democrático e harmônico entre os Estados, intenciona-se neste capítulo propor alterações no Sistema Internacional de Comércio, a fim de de evitar barreiras ao Comércio a nível mundial.

Convém inicialmente analisar as consequências das crises sanitária e econômica causadas pelo Coronavírus – COVID-19 – como forte indicativo da possibilidade de ocorrência de fenômenos de abrangência mundial, com impactos negativos em todos os países. O Diretor Geral da Organização Mundial da Saúde – OMS –, Tedros Adhanom Ghebreyesus, em conferência à imprensa, no mês de setembro de 2020, alertou que: "Esta não será a última pandemia. A história nos ensina que os surtos e as pandemias são fatos da vida. Mas quando a próxima pandemia chegar, o mundo deve estar pronto – mais pronto do que desta vez." (BUREAU, 2020). Nesse sentido, para enfrentar as futuras crises, os Estados e os organismo internacionais precisarão estar seguramente preparados e capacitados para atuação conjunta. Outrossim, observa-se que o mundo globalizado apresenta um nova realidade, na qual os problemas que antes eram locais passaram a ter caráter global com muito mais rapidez e, neste sentido, a cooperação internacional faz-se essencial para enfrentar qualquer futura instabilidade. Dessa forma, o Sistema Internacional de Comércio, estruturado pela Organização Mundial do Comércio, deve estar melhor preparado para atuar frente às futuras crises, a fim de evitar a proliferação de restrições unilaterais ao Comércio Internacional.

Isto posto, pode-se argumentar que muitos dos países participantes da OMC acabaram por tomar medidas restritivas ao comércio, restando pouco espaço para a própria Organização levantar uma bandeira contra tais ações. Entretanto, é importante observar que "a personalidade jurídica das organizações internacionais não se confunde com a dos seus membros, o qual lhes dá total autonomia e independência funcional para gerir os seus interesses e alcançar as finalidades para as quais foram criadas." (MAZZUOLI, 2015, p. 666). Cabe recordar ainda que "a função da OMC é administrar acordos comerciais, proporcionar um fórum para negociações e lidar com as disputas que possam surgir entre os países-membros." (MANKIW, 2013, p.176). A propósito do tema, Mazzuoli (2015) assegura que

> trata-se, atualmente, do único organismo internacional que se ocupa das normas que regem o comércio entre os Estados, objetivando ajudar os produtos de bens e serviços, exportadores e importadores a desenvolverem e levar adiante suas atividades. (MAZZUOLI, 2015, p. 698-699).

Dessa forma, as restrições às exportações vão frontalmente contra os objetivos da entidade que são o de liberalização do comércio, bem como de expansão das trocas comerciais entre os Estados. "Um dos argumentos levantados na OMC contra as restrições às exportações refere-se à própria razão de ser da Organização: promoção da liberalização dos fluxos comerciais, não importa em que direção." (WATSON, 2016, p. 22). Há que se concluir que é nítido que as medidas a serem tomadas em relação ao comércio internacional devem estar vinculadas à OMC, dado ao seu sistema multilateral de comércio e à sua prerrogativa exclusiva nessa área de atuação. Na realidade, as restrições à exportação, apesar de também serem alvo das rodadas de negociações, foram relegadas a segundo plano, em virtude de os países costumeiramente agirem de forma a incentivar as exportações e a restringir as importações. Watson (2016) destaca que

> em sua gênese, dado o contexto da época – marcado por preços baixos e "guerra comercial" – ninguém se preocupou com o sentido contrário do comércio, ou seja, as exportações. Por essa razão, nos movemos em terreno difícil, desprovido de regras claras no âmbito do Sistema Multilateral de Comércio. (WATSON, 2016, p. 16).

Correta parece, então, a afirmação de que as restrições às importações sempre tiveram evidência no contexto do comércio internacional. Pela razão de as crises econômicas e sanitárias ocorrem com frequência ao longo da história, é necessário a criação de protocolo que aborde as restrições às exportações nos momentos de crise. Nessa perspectiva, restrições às exportações são proibidas de acordo com o disposto no inciso I do art. XI do GATT. No entanto, merece destaque o fato de que o artigo relaciona as hipóteses nas quais essas restrições podem ser impostas. A título de exemplo, pode-se citar o disposto na alínea "a" do inciso II, que assegura a possibilidade de proibições e restrições às exportações de alimentos ou outros produtos essenciais, de forma temporária, quando há o risco ou faltas desses. (THE GENERAL, 1986, p. 17). A propósito, observa-se que as restrições a alimentos e a outros bens, em momentos em que não há risco ou falta, são proibidas com base no Artigo XI, Inciso I do GATT. Nesse sentido, fica evidente que a OMC não procede a distinção específica em relação aos bens essenciais,

deixando que estes fiquem no mesmo nível que outros bens de consumo. Situação claramente realçada por Watson (2016):

> A título de ilustração, não há diferenças setoriais no tratamento dado pela OMC às restrições às exportações, em contraste com o corpo de regras aplicadas tanto a produtos industrializados, como aos agropecuários, estes objetos de vários acordos específicos, como o de Agricultura, de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias ou de Barreiras Técnicas ao Comércio. Assim, são tratadas de maneira semelhante matérias-primas não essenciais ou estratégicas – como é o caso de couros e peles, tributados pelo Brasil –; alimentos (os quais podem afetar a segurança alimentar em países importadores líquidos); produtos minerais (alguns dos quais concentrados em poucos países e essenciais para as indústrias de ponta) e, finalmente, produtos energéticos (que podem também causar problemas de insegurança energética para países importadores líquidos). (WATSON, 2016, p. 39).

Deste modo, apesar de expressamente proibir as restrições à exportação, a OMC não apresenta nenhuma menção específica aos produtos essenciais. Segundo a Organização, "Se os membros se moverem para restringir temporariamente as exportações de alimentos, o Acordo sobre Agricultura exige que eles dêem a devida consideração às necessidades de segurança alimentar de outros." (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020b, p.1, tradução nossa). Situação certamente problemática para os países, especialmente em momentos de crise, como a da Pandemia do COVID-19. Os Estados têm e devem exercer a prerrogativa de agir de forma a assegurar a saúde dos cidadãos, entretanto, é importante ressaltar que as ações tomadas em âmbito local, devido ao expressivo aumento das trocas comerciais, impactam hoje de forma muito mais profunda e severa o contexto internacional.

"As regras da OMC também contêm exceções mais gerais, que poderiam ser usadas para justificar restrições desde que não constituam um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional." (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020b, p. 1, tradução nossa). Extrai-se de tal constatação a conclusão de que não é cabível que os Estados-nacionais, de forma arbitrária e injustificável, limitem a exportação de produtos essenciais, sem que haja uma razão clara e fundamentada. Por outro lado, insta necessário, da mesma forma, um tratamento específico para restrições às exportações de bens essenciais em momentos de crise sanitárias, no qual diversas medidas de restrições ao comércio são aplicadas de forma unilateral. Reforça-se a ideia de que ainda é necessário que as regras da OMC sejam alteradas de modo a tornarem-se mais específicas ao abordar a respeito das restrições às exportações de

bens essenciais, criando um protocolo para os momentos de crise sanitárias, como as pandemias.

É importante ressaltar que tais restrições a exportações acabam por prejudicar os países que dependem de importações de bens essenciais. Em muitas das vezes, países que não possuem estruturas produtivas diversificadas e, por isso, focam na exportação de produtos primários, sofrem de maneira mais intensa com as restrições às exportações. Essa política, além de reduzir a quantidade de bens no mercado mundial, acaba por prejudicar os países que dependem de exportação desses produtos por não possuírem a capacidade produtiva para isso. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020b, p.1). Desse modo, essas restrições mostram-se muito prejudiciais aos países mais pobres, que têm menos formas de se defender. Destaca-se que seus efeitos são mais danosos quando essas restrições são injustificáveis, por gerar grandes prejuízos ao Sistema de Comércio Internacional. Os países que no momento de crises sofrem com a restrição de importações entendem que não podem contar com comércio internacional e acabam por se fechar.

> Por outro lado, as restrições iniciadas por um país podem acabar provocando um efeito dominó. Se o comércio não proporcionar acesso seguro e previsível a bens essenciais, os países podem sentir que têm de fechar-se das importações e, em vez disso, buscar a produção interna, mesmo a preços muito mais altos. Tal cenário provavelmente resultaria em menor oferta e preços mais altos para mercadorias muito necessárias. Os efeitos a longo prazo poderiam ser significativos. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020b, p.1-2, tradução nossa).

Logo se vê que a atuação da OMC ganha uma maior importância, principalmente em períodos de crise mundiais. É essencial que a entidade atue de modo a evitar qualquer ação injustificável de restrição no comércio em momentos de crise sanitária, para evitar que seu objetivo institucional de longo prazo seja afetado negativamente nesses períodos. Para tanto, a organização deve tornar suas regras mais claras, principalmente aquelas em relação às restrições às exportações de bens essenciais. Nessa ordem de ideias, Watson (2016) apresenta como exemplo o caso dos

> países importadores líquidos de alimentos, como o Japão, alegam, não sem alguma razão, incoerência por parte dos que defendem a liberalização do comércio dos produtos agrícolas (redução de tarifas de importação e das medidas de apoio interno e eliminação de subsídios à exportação), mas mantêm a aplicação de restrições às exportações. O argumento da segurança alimentar para justificar a manutenção do protecionismo agrícola, tão combatido pelos defensores da liberalização

> do comércio de alimentos, acaba sendo reforçado com a política de restrições às exportações. (WATSON, 2016, p. 22).

Merece, enfim, ser lembrado o fato de que no momento de restrição à importação é importante que os Estados atuem de forma transparente e publiquem de forma acessível as medidas por eles adotadas. O Artigo XI do GATT não fez inicialmente previsão geral para a publicação de tais decisões, dessa forma, posteriormente em 2012, a *Decision On Notification Procedures For Quantitative Restrictions*, explicitamente determinou que os Estados-Membros devem notificar aos demais qualquer restrição, além de definir um prazo não maior que seis meses para tanto. "Eles (membros) também devem notificar as mudanças nessas restrições quantitativas o mais rápido possível, mas não mais tarde do que seis meses após sua entrada em vigor." (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2012, p. 1, tradução nossa). Entretanto, como se pode deduzir, por mais que a OMC estabeleça que os Estados-membros devem notificar com rapidez, é nítido que o prazo de seis meses em se tratando de uma crise sanitária não é razoável. Por isso, entende-se necessário a criação de um protocolo específico para momentos de crise, no qual deva ser estabelecido normas específicas para restrição de exportações de produtos essenciais, além de prazos mais curtos para notificação das restrições, seguida de nota justificativa para tais ações. Não se pode deixar de consignar que, dessa forma, o Sistema de Comércio Internacional estará melhor preparado para enfrentar eficazmente futuras possíveis crises sanitárias e econômicas.

## 5 CONCLUSÃO

Em virtude da Pandemia causada pelo Coronavírus – COVID-19 – muitos países adotaram medidas de urgência para evitar a propagação do vírus. Neste sentido, o Comércio Internacional foi uma das áreas mais afetadas, dado a relação entre diferentes nações. Em razão da falta de informações sobre o vírus, muitos países acabaram por restringir as exportações, mesmo que não havendo escassez ou risco de falta de bens essenciais, como alimentos. Entretanto, dado o nível de interconexão alcançado com o fenômeno da globalização, tais restrições unilaterais acabam por surtir efeitos sobre o ambiente político e democrático de outros Estados, o que se torna um grande risco.

Esta pesquisa buscou analisar se a Organização Mundial do Comércio – OMC – possui instrumentos normativos eficazes para atravessar momentos de crises mundiais, e de que maneira as restrições às exportações poderiam afetar a estabilidade das democracias. Para tanto, abordou o Comércio Internacional a partir de seus sinônimos: "paz e a estabilidade". Concluiu-se

que, apesar de esse tema ser abordado pela entidade, a OMC não possui regras claras ao que se referem às proibições às exportações. Demonstrando, assim, uma diferença de tratamento quando se analisa as restrições às importações por parte da Organização.

Embora incomuns, o correto seria que as restrições às exportações fossem tratadas com o mesmo grau de importância temática que as restrições às importações, devendo a OMC reforçar suas regras quanto às medidas unilaterais dos Estados. Como observado ao longo da Seção 4 deste trabalho, mesmo em momentos de incerteza, é necessário que os Estados cooperem para que suas ações não se tornem ainda mais danosas à população. Nesse sentido, propõe-se a criação de um protocolo de ação específico para momentos de crise – a exemplo da COVID-19 –, no qual os Estados, orientados para não adotarem medidas arbitrárias e injutificáveis, responderiam à crise com maior transparência e eficácia.

A restrição à exportação em momentos de instabilidades globais causa estresse futuros, sendo os países mais prejudicados aqueles em desenvolvimento. Para além das limitações na produção de produtos essenciais, estes países possuem frágeis democracias, que são testadas a partir das tensões sociais e limitações adotadas pelas medidas para proteger ainda mais os seus produtores, ensejando em maiores barreiras ao comércio. Tais barreiras, como visto, são prejudiciais a todos os países, dado que a diminuição do comércio pode ser um obstáculo à paz e, consequentemente, à democracia.

As consequências da crise econômica, que particularmente afetam mais severamente segmentos mais vulnerabilizados e sensíveis da sociedade, como mulheres, crianças e moradores em áreas de conflito, agravam também o processo globalizador e dão vigor a outras faces que ameaçam a democracia. Compartilhamos com Belin e Maio (2000) quanto ao engajamento dos cidadãos, que se faz mais necessário que nunca, pelo voto seguro e para a garantia de uma democracia verdadeiramente participativa. Ainda, devemos reconhecer a importância da expertise para o desenvolvimento de políticas públicas que venham a incidir diretamente nos direitos e deveres em meio ao "novo normal". O envolvimento de civis deve ser encorajado por seus governos, como forma de prevenir eventuais ondas nacionalistas e intolerantes. Fontes de informações confiáveis e conscientização da população devem ser incentivadas como forma de combate às *fake-news*, que agravam crises e ameaçam a paz. Acredita-se, como as autoras, por fim, que democracias devem apresentar constantemente o porquê de elas valerem a pena. A garantia de direitos e deveres e o impacto positivo de políticas de incentivo ao exercício da cidadania devem ser altamente propagados, aumentando assim, a validade do regime, por meio de seu legitimador – o povo.

## REFERÊNCIAS

BELIN, Célia; MAIO, Giovanna de. **Democracy after coronavirus**: five challenges for the 2020. Brookings, August 2020. Disponível em: https://www.brookings.edu/research/democracy-after-coronavirus-five-challenges-for-the-2020s/. Acesso em: 28 set. 2020.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Ordem monetária internacional: o impasse da 5ª Emenda aos Estatutos do FMI. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 944, p. 161-184, jun. 2014. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/106197/RTDoc%20%2016-7-29%2012_40%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

BUREAU, Zee Media. COVID-19 not the last pandemic, world must be better prepared, warns WHO. **Zeenews**, 8 Set. 2020. Disponível em: https://zeenews.india.com/world/covid-19-not-the-last-pandemic-world-must-be-better-prepared-warns-who-2308283.html. Acesso em: 2 Out. 2020.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. Export Restrictions in Response to the COVID-19 Pandemic. **Focus**, 25 Ago. 2020. Disponível em: https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11551. Acesso em: 2 Out. 2020.

JACKSON, Matthew Owen; NEI, Stephen. Networks of military alliances, wars, and international trade. **PNAS**, December 15, 2015, vol. 112, n. 50, p. 15277–15284. Disponível em: https://www.pnas.org/content/pnas/112/50/15277.full.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. 6. Ed. Trad. Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Muachco. São Paulo: Martins Fontes, 1966. (Paidéial). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A III, em 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 4 Out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **A OEA, a democracia e o comércio.** Documento para o Diálogo de Chefes de Delegação do Trigésimo Segundo Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Assembléia

Geral. 2 de jun. de 2002. Disponível em: http://www.oas.org/xxxiiga/english/speeches/speech_us2_por.htm. Acesso em: 20 set. de 2020.

NORMAN, Joseph; BAR-YAM, Yaneer; TALEB, Nassim Nicholas. **Systemic risk of pandemic via novel pathogens— Coronavirus: A note.** New England Complex Systems Institute, 2020. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5b68a4e4a2772c2a206180a1/t/5e2efaa2ff2cf27efbe8fc91/1580137123173/Systemic_Risk_of_Pandemic_via_Novel_Path.pdf. Acesso em: 3 Out. 2020.

QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. **Consistência e validade das decisões do sistema de solução de controvérsias da da OMC relativas ao Direito Ambiental e sua jurisdição**. 2011. 238 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_QuagliaMLA_1.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

SILVA, José Alderir da; LOURENÇO, André Luís Cabral de. Teorias do Comércio Internacional, Estrutura Produtiva e Crescimento Econômico. **Economia-Ensaios**, Uberlândia, 32 (1): 159-188, Jul./Dez. 2017. Disponível: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gat803BVII4J:www.seer.ufu.br/index.php/revistaeconomiaensaios/article/downloa/38823/21896+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=br**.** Acesso em: 2 Out. 2020.

THE GENERAL AGREEMENT ON AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. **GATT**. Geneva, 1986. 105 p. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

TRIPOLI, Angela Cristina Kochinski; PRATES, Rodolfo Coelho. **Comércio Internacional**: Teoria e prática. Curitiba: InterSaberes, 2016.

UNITED NATIONS (UN). **Secretary-General's remarks to the Security Council on the COVID-19 Pandemic (as delivered).** New York, 9 apr. 2020. Disponível em: https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-04-09/secretary-generals-remarks-the-security-council-the-covid-19-pandemic-delivered. Acesso em: 25 sep. 2020.

WATSON, Andréa Saldanha da Gama. **O Brasil e as restrições às exportações.** Brasília : FUNAG, 2016. 286 p. - (Curso de Altos Estudos). (Trabalho apresentado originalmente como tese, aprovada no LIX Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, em 2014.). Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1171-O-Brasil-e-as-restricoes-as-exportacoes_FINAL.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Decision on Notification Procedures for Quantitative Restrictions 1: Adopted by the Council for Trade in Goods on 22 June 2012. Revision. **G/L/59/Rev.,** 13 July 2012. Disponível em: https://

docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/L/59R1.pdf&Open=True. Acesso em: 2 Out. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Evolução do comércio no âmbito da OMC**: estatísticas úteis. Genebra, 2020a. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/trade_evolution_e/evolution_trade_wto_e.htm. Acesso em: 2 Out. 2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Export prohibitions and restrictions information. **Informate Note**, Genebra, 23 abr. 2020b. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf. Acesso em: 2 Out. 2020.

# O IDEÁRIO DE DEMOCRACIA *PRÉT-À-PORTER* PELO DIREITO PENAL

# THE *PRÊT-À-PORTER* DEMOCRACY IDEAL BY CRIMINAL LAW

Thaís Silveira Otoni Fontella[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo abarcar as latentes discussões acerca da influência democrática na estruturação e aplicação das normas penais, assim como fomentar o pensamento crítico sobre um ideal de democracia subvertido pela necessidade de segurança e pelo medo manipulado, fator que distancia a teoria das *práxis*, ocasionando o conflito da lei penal com os princípios basilares constitucionais constantes da Carta Magna de 1988, marcada a política criminal pelo autoritarismo e pelo populismo penal.

**Palavras-chave:** Democracia. Direito Penal. Política Criminal. Estado Democrático de Direito. Populismo Penal. Pandemia.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss about the democratic influence in the structuring and application of penal rules, as well as to foster critical thinking about an ideal of democracy subverted by the need for security and manipulated fear, a factor that distances the theory of the praxis, causing the conflict between criminal law and the basic constitutional principles builded by the 1988 Constitution, and evidenced by criminal politics by authoritarianism and penal populism.

**Keywords:** Democracy. Criminal Law. Criminal Policy. Democratic state. Criminal Populism. Pandemic.

## 1 INTRODUÇÃO

Apresentada como ponto de partida a premissa de que as leis penais vigentes e vindouras devem ser e estar alicerçadas nos ideais democráticos

[1] Professora IEC-PUC MINAS. Advogada. Mestranda da linha de Direito Penal – Intervenção Penal e Garantismo. E-mail: tso.fontella@gmail.com.

esculpidos pela Constituição Federal de 1988, este artigo se propõe a fomentar as discussões e o pensamento crítico sobre a perspectiva democrática subvertida pela necessidade de segurança e pelo medo, fator que distancia teoria e prática, no que concerne ao emprego da punição e à efetivação do que se intelege por democracia hodiernamente, visto sob o panorama de um Estado Democrático de Direito e um contexto político marcado pelo populismo penal, fundado no controle pelo medo.

A análise do tema proposto é de substancial importância e deve ser dimensionada sob diversos aspectos, em especial os de âmbito social e político, pelos quais é demandada uma discussão e uma formação de senso crítico, dadas as repercussões diretas sobre o sistema penal brasileiro – evidenciado pela massificação do cárcere.

Tal diagnóstico passa, invariavelmente, pelos fins atribuídos ao Estado, as manipulações exercidas pelo seu seleto *modus operandi* e as punições impostas por ele; é construído tendo como base não só uma abordagem teórica em particular, mas, sim, o confronto entre o ideal e o real, baseado no manejo de algumas das acepções dadas à democracia, tendo-a como um sistema de entrega, daí a utilização da terminologia *prét-à-porter*, garantidor de uma falsa ideia de segurança pública, estruturada no controle pela aversão da população ante ao sentimento de ausência de/da segurança pública, exercido por meio de um populismo penal (amplamente divulgado pela mídia) e teorias de controle; o que, em verdade, traz a marca de uma subversão e repercussão devastadora sobre o sistema penal em si.

Portanto, pelos estudos que ora aportam a este artigo, tem-se que a constituição das leis punitivas, na forma como são, não coadunam com o Estado Democrático de Direito e os ideais basilares da democracia. São elas falseadas por uma governança pelo Estado que manipula a segurança pública, com um falso ideário de entrega ao cidadão dos fins a que se propõe, exercendo-se um populismo penal, que infla o sistema e degringola o Direito Penal, na medida em que, ao revés, não atinge seu fim precípuo.

Para se chegar à compreensão do problema apresentado é de extrema importância buscar elucidar o que vem a ser o conceito popular de democracia, o populismo penal, a forma e o papel exercido por esse, assim como o contexto não democrático que se insere no sistema penal a partir desta prática.

Ao final, são questionados os efeitos da 'guerra populista' contra o Estado supostamente lúcido, que não raras vezes valeu-se da prevalência do medo para a tomada de medidas de controle como forma de fazer prevalecer uma democracia, que prioriza a segurança pública e a saúde, mas que, em seu arcabouço, novamente traz as marcas do populismo sobre o cárcere.

## 2 A DEMOCRACIA

A democracia em uma dimensão popular de seu conceito é entendida, no famigerado senso comum, como um governo pelo povo, para o povo, não sendo dimensionados os diversos significados trazidos em seu âmago. Seu modelo pode, e muitas vezes muda, de acordo com a sociedade e com o tempo vivido – e, verdade seja dita, temos no tempo presente uma venda do conceito de Estado Democrático.

O modelo democrático experimentado, e romantizado, pela Grécia Antiga não é o mesmo que temos hoje, mutações houveram com o passar dos tempos e a evolução das sociedades; não se pode dizer que a democracia vigente em países europeus seja a mesma vivenciada em nosso país ou pela América do Norte, tampouco, pode-se transportar o conceito romano pura e simplesmente para os tempos atuais.

Não se tem por enfoque, no presente trabalho, dissertar sobre o conceito popular de democracia, mesmo porque, para que seja tomada a partir de tal vertente, necessário seria que as informações advindas do Estado fossem verossímeis, fidedignas e não parciais, sem orquestramento de seu conteúdo ou que fosse restringido seu público alvo a apenas aqueles assimiladores do pouco que é divulgado. Necessário seria, para que o conceito fosse, de fato, assimilado maciçamente, que as informações divulgadas não fossem retalhos de uma verdade não conveniente politicamente.

O viés que se faz necessário tratar, no contexto que se propõe abordar, é aquele dado por teóricos elitistas, os quais afirmam que: "todo exercício de política, alheio à justificativas formais, está fadado à formação de pequenos grupos que subordinam a maior parte da população." (HOLANDA, 2011). Parte-se deste conceito, pois não se busca aqui, como alhures mencionado, esboçar linhas sociais ou de política de um sistema penal ideal, mas tecer críticas à forma como se operam as suas engrenagens.

Logo, de acordo com a Teoria das Elites, neste ponto exposta de maneira demasiado enxuta, por ser uma teoria de conflito e por utilizar a propaganda como uma maneira de disputa de poder pelas elites, a qual ampara o populismo penal, na vertente ora trabalhada. Inclusive, ao se tratar da pandemia causada pela Covid-19 as medidas humanamente necessárias ao despressionamento do sistema carcerário e controle da pandemia mundialmente instalada são tidas por impopulares ao ofenderem o conceito popularmente difundido de segurança pública.

### 2.1 A visão parcial das informações e a distorção da democracia

Com a massificação do acesso à informação pelas mais diversificadas camadas sociais, dada a necessária atenção à popularização da internet e

redes sociais, não se apresenta como norte a qualidade da notícia em matéria penal/criminal, mas o quanto essa se dissemina, não sendo fundamentalmente sua produção calcada em conhecimento e informação imparcial. Nesse sentido, nem mesmo com a popularização do ensino extirpou-se do contexto prático o conteúdo informativo marcado pela influência de pré-conceitos e emoções hábeis à manipulação do pensamento de massa.

É sabido que tanto Democracias quanto governos autoritários valem-se e/ou valeram-se de conteúdos informativos para atender interesses escusos e privados em detrimento aos direitos e interesses de grande parte da população. Não é incomum, ao revés no atual panorama político instalado, episódios nos quais a população aceita e defende a prática de medidas, que em um *status quo* de normalidade, seriam tidas por impopulares ou até barbaras, em função de um bem falseado maior, ainda que se ocasione o subjugamento de grande parte daquela população; como exemplificação tem-se um pré-julgamento de um detido, uniformizado com as cores do sistema penitenciário local, ainda em fase de inquérito, o qual, pela população, já é condenado e rotulado, sem o devido processo legal e em franco detrimento da presunção de inocência.

Assim, na construção de conjunturas símiles à acima desenhada, as elites determinaram uma agenda de interesses em que se elegem temas prioritários e com base na divulgação midiática, disseminam os ideais privados como se de consenso fossem, manipulada a sociedade em prol de um pequeno e seleto grupo, subvertida em franca evidência a ordem democrática, quiçá, o próprio Estado Democrático de Direito.

Como bem elucidado por Holanda: "A democracia é marcada como um mercado político. Os critérios de eleição do voto não são expressão direta da vontade dos eleitores, mas os resultado de estratégias eleitorais dos políticos." (HOLANDA, 2011)

As redes sociais e a própria internet possibilitam um maior engajamento político e a coordenação de seus atores vetoriais, com mais acesso a pontos de vista marcados por pré-conceitos estabelecidos no intuito de influenciar formação de opinião do interlocutor.

MOUNK (2019) em sua obra "O povo contra a Democracia", esclarece:

> Tudo isso sugere que a invenção da tecnologia de comunicação digital realmente terá um efeito político grande. Mas a perda de influência dos difusores tradicionais de informação irá empoderar as pessoas comuns e impulsionar a democracia — ou já causou estrago ao dar aos populistas a plataforma de que precisavam para envenenar nossa política? (MOUNK, 2019)

Para visualizarmos a aplicação na lei penal, no caso, faz-se imperioso confrontar a forma como é elaborada a democracia para cumprimento dos fins penais e sua utilização do controle pelo medo e o falseamento da segurança pelas elites para manter o domínio sobre a parte social que lhes convém.

## 3 O MEDO, O POPULISMO E O SISTEMA PENAL

Como dito na seção anterior, as elites na luta pelo poder utilizam-se dos meios de comunicação de massa para angariar votos e manter o controle da opinião pública e, assim, influenciar projetos e políticas de acordo com seus interesses.

É neste exato momento que o sistema penal apresenta sua relevância, uma vez que o direcionamento das opiniões populares fundadas no medo, difundido pelas mídias, ganha robustez com um discurso populista de um Estado voltado ao combate ao crime. Com uma população aterrorizada por índices de violência e a necessidade de um sentimento comum de segurança o ardil para a tomada de medidas impopulares, calcadas no populismo, é cortina de fumaça para sua implementação. E, pode-se ir além, medidas inócuas marcadas pelo fundo emocional de combate ao medo e garantia de um ideal de segurança inexistente tornam-se o alicerce de perpetuação das elites no poder.

Tanto políticos quanto a própria imprensa notaram a proporção trazida pelas informações de cunho penal e criminal que fizeram delas pontos de campanha, inclusive registradas numericamente junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e sem a imparcialidade que seria necessária ao conteúdo o divulgam com o viés de um controle pelo Estado para políticas públicas de combate ao crime e satisfação de um sentimento primeiro social que justificaria a adoção, ainda que inconsciente de um discurso extremista, punitivista e inócuo; os números de um marco populista penal são evidenciados na obra de André Pacheco Teixeira Mendes (2020) ao buscar as respostas do "Por que o legislador quer aumentar penas?". (MENDES, 2020).

O crime causa repulsa, consternação, compaixão e/ou ódio, e a divulgação desses fatores/vetores, tendo a vítima como cerne fático, em franco revanchismo, atraem audiência e formam opiniões – muitas vezes precipitadas, o que facilita a propositura de projetos punitivistas, que, quase em sua totalidade, são marcados por um consenso desvirtuado de realidade.

Não raro, o discurso é sobreposto e dirige-se à ordem prática, qual seja, o sentimento de impunidade disseminado perante a população que gera o descrédito do sistema penal, as instituições, chegando-se, inclusive, à própria democracia. (CHOMSKY, 2000)

Não é escuso ao nosso conhecimento que a opinião popular é caracterizada pela influência dos meios de comunicação, os quais, para os populares,

fazem do mundo um lugar mais perigoso do que realmente possa ser e de um sistema penal insuficiente diante da criminalidade que cresce e 'enclausura o dito cidadão de bem'.

Interessantemente, o cidadão em sua redoma investe em sistemas de segurança para cumprir um dever que incumbiria em primeira ordem ao Estado: segurança; dispõe de câmeras, seguranças, seguros e outros meios que lhe trariam a paz que o medo tira. Todavia, não se dão conta de que o mercado do medo os afasta do senso crítico necessário à situação e perpetua as elites no poder. Mais ainda, torna possível governar pelo medo.

Com isso, os debates afetos às políticas criminais são relegados ao segundo plano e o sistema penal é chamado à ordem por políticos e meios de comunicação como única forma de salvaguardar os direitos dos cidadãos.

Eis o ponto nodal.

Os discursos de medo e de insegurança não encaram as raízes do problema, ao revés, tomam para si apenas suas consequências e a falsa ideia de que se faz necessário o recrudescimento de penas e criação de novos tipos penais ou a majoração de penas para que sejam levados e permaneçam no cárcere os 'desajustados sociais'. (MENDES, 2020) Nessa conjuntura, "a adoção de uma política criminal racional alicerçada em uma efetiva redução de criminalidade, trabalhada a sua gênese, é apartada; elevando-se a intolerância e o próprio cumprimento de um Estado Democrático de Direito garantista por nascimento." (RABENHORST, 2001).

Os efeitos colaterais de todo o apanhado recaem sobre o sistema penal e sobre aqueles que deveriam ser garantidos pelo Estado, que os marginaliza pela segunda vez.

## 3.1 O populismo e a corrosão da democracia e a crítica

A partir de um discurso que torna imperioso o combate ao crime, criado o inimigo social comum e sendo ele o cerne da discussão político-criminal, elabora-se a retórica de obrigação de sua repressão. São propostas leis penais e processuais penais que visam agradar ao eleitor, afastando-se a técnica e a cientificidade que carecem o tema. (MENDES, 2020).

A criação de um inimigo comum para garantir o apoio popular às medidas populistas é essencial, posto que, a partir da repulsa e a adoção de um consenso tem-se a viabilidade de adoção de medidas autoritárias.

O populismo é marcado pela encenação política: o sentimento de desordem; a fonte da desordem e a solução salvadora da pátria. (CHARADEAU, 2016).

Entra neste ponto o ideário de uma democracia *prét-à-porter*, algo como uma necessidade básica da população. Uma democracia em pacotes prontos

de entrega, ainda que seja marcada por viés autoritário e não efetivo, mas que mantenha o sentimento incutido pelo populismo penal de segurança e apartamento do medo generalizado.

Porém, as mudanças não surtem os efeitos necessários e a população tende a se tornar ainda mais cética, somando-se a isso, o fator de que os meios de comunicação e os atores populistas tendem a arraigar e difundir a 'ineficiência' das leis penais e das punições, "levando ao descrédito dos fatores políticos de engajamento, quaisquer que sejam, prejudicado o bom funcionamento da democracia." (GUIMARÃES, 2010).

O Direito Penal então se reduz a um simbolismo sociológico, que desencadeado por soluções legislativas sem os efeitos práticos, buscados por aquela milagrosa solução 'vendida' apenas robustece a elite, que gera um ciclo vicioso de descrenças sistemáticas na democracia, no Estado Democrático de Direito e no sistema penal em si.

Aos juristas é notório que o populismo penal a serviço das elites, falseado como um sistema de entrega à população de uma satisfação primária não é o meio correto para tanto e nem mesmo legalmente se presta a isso. A consequência direta de tudo isso é um considerável agravamento das mazelas do sistema que, pelo engessamento e falta de políticas sociais e de investimento, não cumpre a finalidade a que se propôs.

A luta contra o populismo penal não é a luta apenas pela democracia. É também um meio de proteção contra um poder estatal que se perpetua no falseamento de que assim estaria abarcada a democracia e a entrega dessa ao cidadão de bem.

No especial contexto vivido arduamente no ano de 2020, marcado pela pandemia causada pela Covid-19, as medidas tidas por especialistas como necessárias à redução do inchaço do sistema carcerário e ao controle de propagação da doença são tidas por impopulares, estruturadas em um conceito de senso comum de fragilização da segurança pública, quando, em verdade, são a expressão de Direitos e Garantias Fundamentais.

Tivemos a publicação de Resoluções, inúmeras delas, pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo Resolução CNJ nº 62/2020, pela qual determinou-se a soltura de reclusos em regime semiaberto e aberto, revista em momento posterior pelo novo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, de maneira a restringi-la, em que se buscava salvaguardar direitos daqueles que se encontravam intramuros; foi propagada de maneira vil, como se um acinte à população fosse, ainda que se tratasse de seres humanos já alijados pela sociedade e pelo próprio sistema carcerário. Ou, ainda, a edição, às pressas, da Lei 14.022/2020, que modifica o contexto de apreciação de determinados crimes, em especial a violência doméstica, como

se prioritários fossem em detrimentos de outros em franca expansão de uma esquerda punitivista (KARAM, 1996) e utilização subversiva do populismo.

O populismo penal na forma como propagado e enraizado no país subverte a ordem de preservação da vida e tem como orientação precípua a sobreposição da segurança pública falsamente garantia às massas como norte de um governo democrático.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Momentos de crise buscam por soluções práticas e rápidas. O populismo política busca por soluções de crise econômica, O populismo penal busca pelo arrefecimento do sentimento de insegurança gerado pelo medo.

As elites, por discursos de poder, valem-se do controle pelo medo, difundindo discursos de combate à criminalidade, como se a solução proposta alicerçasse a democracia por nós vivida e fosse fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

Dá-se ao cidadão a dimensão de que a democracia pode lhe ser garantida em pacotes que lhe são entregues quando do exercício do voto e a marca crucial de condução pelas elites, no tema ora abordado, é a segurança e o crescimento da criminalidade, para além das políticas econômicas, quando, sinceramente, não se tem através do Direito Penal o pleno exercício democrático em tempos hodiernos.

A problemática exposta vai além de uma conceituação do que vem a ser a democracia e, sim, a subversão do pleno exercício democrático quando os fins precipuamente constitucionais não são respeitos e atingidos pela norma editada pelos órgãos competentes.

Afasta-se o Estado Democrático de Direito, garantista em sua gênese, revertendo-se a norma em um viés autoritário socialmente justificado pelo controle do medo.

Ocorre, contudo, que a proposta, na forma como feita, não gera os efeitos práticos 'vendidos' à população. Arma-se um ciclo vicioso que beneficia a poucos e restabelece os falsos pilares democráticos que atendem a uma pequena e seleta parte da população, tida por elite.

As políticas-criminais essenciais ao cumprimento da democracia e redução de criminalidade são relegadas a um segundo, terceiro plano e o punitivismo entra como solução estatal autoritária para as mais variadas incompetências por do Estado, assim defendido por uma mísera parcela da população.

A política criminal adotada corrói a democracia não entregue aos cidadãos e a sua ineficiência insiste em aplacar a sensação de insegurança, trazida pelo medo difundido pelas mídias.

A pandemia trouxe a lume, mais uma vez, as nossas falhas como Estado Democrático de Direito e enquanto Estado alicerçado, ainda que supostamente, em Direitos e Garantias Fundamentais, garantidos a alguns, promovendo-se o massacre de outros, num sistema que não se refrigera e, ao revés, repita-se, sedimenta seletivamente uma política de controle baseada no medo e no autoritarismo.

O 'ser' democrático nunca foi um sistema *prét-à-poter* pelo e para o Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

ASHWORTH, Andrew. **Principles of Criminal Law.** 6 Edition. London: Oxford University Press, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7ª ed, São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL, **Lei 14.022 de 07 de Julho de 2020.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14022-7-julho-2020790393publicacaooriginal-161013-pl.html. Acesso em 09 de nov. de 2020.

CHARADEAU, Patrick. **A opinião pública: como o discurso manipula as escolhas políticas.** São Paulo: Contexto, 2016.

CHOMSKY, Noam. Democracia e mercados na nova ordem mundial. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente: Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial.** Petrópolis: Vozes, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo**. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 09 de nov. de 2020.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luis Wanderley. **Populismo Penal Legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

HOLANDA, Cristina Boarque de. **Teoria das Elites**. Rio de Janeiro. Zahar, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos, n. 1.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Por que o legislador quer aumentar penas?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que a nossa liberdade corre perigo e como salvá-la.** Tradução: Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. São Paulo. Companhia das Letras, 2019.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

# O IMPASSE NEOLIBERAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS DIRETIVAS CONSTITUCIONAIS

# THE NEOLIBERAL IMPASS IN CONSOLIDATION OF CONSTITUTIONAL DIRECTIVES

Alexandre Nogueira Pereira Neto[1]

**RESUMO:** O trabalho analisa, dialeticamente, as diretivas da Constituição de 1988, com o intuito de apontar os parâmetros que devem embasar o programa de Estado brasileiro. Realiza um exame crítico da política econômica desenvolvida no País, estimulada pela ideologia neoliberal. Sustenta que esse modelo econômico significa um impasse na consolidação das diretrizes da Nação, porque está em desacordo com os ditames do Estado Social brasileiro.

**Palavras-chave:** Diretivas Constitucionais; Estado Social; Neoliberalismo.

**ABSTRACT:** The paper analyzes, dialectically, the directives of the 1988 Constitution, aiming to point out the parameters that should underlie the Brazilian state program. Performs a critical examination of the economic policy developed in the country, stimulated by the neoliberal ideology. It maintains that this economic model means a deadlock in the consolidation of the Nation's guidelines, because it goes against the dictates of the Brazilian Social State.

**Keywords:** Constitutional Directives; Social State; Neoliberalism.

## 1 INTRODUÇÃO

Após o período de exceção, por meio do golpe militar de 1964, a democracia foi restabelecida no Brasil, em 1988, com a promulgação da Constituição

[1] Mestre em Direito, na linha de pesquisa Estado e Constituição, com área de concentração em Direitos Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCOnst). E-mail: alexandrenpn@gmail.com.

da República Federativa do Brasil, consolidando, assim, o Estado Democrático de Direito. Diante disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é a comprovação ortografada das conquistas civilizacionais alcançadas, durante o longo período da História, por diversas forças progressistas, que experienciaram o destemor de enfrentar poderosas forças coligadas, as quais tinham (e têm) a conveniência de acumularem para si o apanágio dos eflúvios inatingíveis aos excluídos sociais.

As diretivas previstas na Carta de 1988 são um importante passo em uma longa e ímproba jornada de uma possível transformação social, já que o Brasil é marcado por uma profunda desigualdade entre classes sociais. No País, um número expressivo de pessoas é afetado pelas relações estruturais do capitalismo, que sempre privilegiou determinados grupos elitistas, em sua forma jurídica de operacionalizar o Direito.

Simultaneamente, em meio à era da globalização, promove-se, desenfreadamente, uma política econômica que, em vez de proporcionar estabilidade nas relações coletivas, postula graves impasses no que diz respeito às diretivas da Constituição de 1988. Tal medida é impulsionada pelo neoliberalismo. Os países periféricos, como o Brasil, sofrem diante dessa matriz econômica difundida no mundo contemporâneo. Isto é, essa proposta econômica torna a eficiência por parte do Estado, no que tange à concretização dos programas de Estado, diminuta, eis que esse modelo econômico retira do Estado as exigências constitucionais (*e.g.* saúde e educação) e transfere para setores empresariais privados o fomento e a oferta dos direitos sociais, transformando-os em serviços, colocando os atores sociais na posição de consumidores.

A globalização, elemento central de propagação do capitalismo moderno, dinamizou as imposições de mercado dos grandes grupos econômicos e das elites financeiras. Essas atuações promovem desequilíbrios sociais – gerando miséria, fome, desemprego, extinção de direitos sociais, entre outras mazelas – em Estados que compactuam com esses paradigmas. A ideologia neoliberal reduz a possibilidade de acesso aos direitos sociais, na medida em que esses direitos são transformados em mercadorias, e não tratados como direitos essenciais à manutenção da vida, ocasionando o descumprimento sistemático dos mandamentos constitucionais.

O neoliberalismo é uma linha econômica que tem como objetivo operacionalizar, sem o controle e a intervenção do Estado, o desenvolvimento político, econômico e jurídico de um País. O Estado, portanto, nesse prisma, tem sua área de atuação reduzida, fazendo com que privilegiados grupos empresariais, de vultoso poder financeiro, orquestrem os rumos de uma Nação, contrariando, assim, o programa de Estado registrado na Constituição de 1988.

Nesse sentido, o presente trabalho será assim estruturado: o objetivo geral se dará no cotejo entre as diretivas constitucionais em diálogo com

a matriz neoliberal. Especificamente, o trabalho versará sobre as seguintes diretivas:[2] a) art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); b) art. 3º, III (erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais); e c) art. 4º, II (prevalência dos direitos humanos), de modo concomitante com os ditames da política econômica neoliberal.

Diante dos elementos expostos – diretivas da CRFB/1988 e neoliberalismo – surge a problemática da pesquisa: podem esses elementos conviverem harmonicamente em um mesmo espaço social?

Como hipótese de pesquisa, entende-se que as diretivas constitucionais não se coadunam com os valores do neoliberalismo, na medida em que são elementos antagônicos que não convergem entre si. As diretivas da Constituição de 1988 promovem, em um sentido amplo, a promoção da justiça social. Já o neoliberalismo traduz-se em acumulação de riqueza a seletos setores da sociedade ocasionando, assim, injustiças sociais.

A metodologia utilizada será a dialética, na medida em que este trabalho possui dois elementos chaves: a efetividade das diretivas da CRFB/1988 e o neoliberalismo. Nesse sentido, conforme será demonstrado, esses elementos são antagônicos. Assim, proceder-se-á de modo crítico à análise da polaridade que reside entre dois objetos diferentes.

## 2 DIRETIVAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O processo de transição democrática, no Brasil, começou em meados de 1984, bradado com o conhecido bordão "Diretas Já", de Henfil, após o longo período de 20 anos de ditadura militar no País. Logo depois, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, foi implantado, finalmente, um ambiente de estabilidade institucional. Os avanços democráticos conquistados, como o é o extenso elenco de direitos sociais fundamentais previstos na CRFB/1988 e na legislação infraconstitucional, são de demasiada importância para o progresso de um Estado Social (*Welfare State*), em permanente construção e aprimoramento.

O resultado desse processo histórico é que, promulgada a Carta de 1988, com a "redemocratização e reconstitucionalização do País, mudanças significativas, a exemplo de a tentativa de buscar a eficácia social das constituições (efetividade), a prevalência do princípio da força normativa da Constituição e

[2] Há outros parâmetros constantes na CRFB/1988. Contudo, em razão do recorte teórico, serão trabalhadas apenas as referidas no texto.

o aprimoramento da hermenêutica constitucional" (BULOS, 2010, p. 77) são prementes no que diz respeito à concretude do projeto político instituído.

A efetividade da Constituição, que corresponde às suas diretivas, e a observância do princípio da força normativa, são perspectivas que definirão os trajetos do novo programa de Estado. Tem-se que buscar a efetividade dos preceitos estabelecidos na Constituição e considerá-los como sustentáculos dela em virtude de sua força normativa soberana. Porque "a formulação e execução das políticas públicas vêm não apenas sujeitas ao controle de sua regularidade formal, como também de sua destinação adequando ao cumprimento dos fins do Estado" (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149).

Com o novo pacto social, tendo em vista os novos anseios democráticos restituídos, ressurge a ideia de estabelecer um ambiente socialmente equilibrado, longe das amarras arbitrárias de um Estado ilegal, que visa à projeção de um Estado provedor, ativo nas demandas sociais, conforme as diretrizes por ele projetadas, e com ímpeto de equalizar os abismos sociais aprofundados, sobremaneira, no regime autoritário.

Diante disso, foram inseridos no corpo do texto constitucional, por meio do Poder Constituinte, alguns fundamentos, objetivos fundamentais e princípios norteadores das ações jurídico-políticas da República Federativa do Brasil. "Ou seja: o caráter compromissório do constitucionalismo vem expresso em sua opção finalística, a qual deve ser obtida pela persecução dos objetivos que indicam os fins da ação estatal, delimitando formalmente e substancialmente as decisões políticas" (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 148).

Tais comandos, que representam as diretrizes do projeto de Nação, detêm força normativa de personalidade suprema, na medida em que estão convencionados na estrutura de maior distinção do ordenamento jurídico brasileiro, que deverão ser levados em consideração em todas as decisões políticas, administrativas, jurídicas e, sobretudo, econômicas. Nesse sentido, em relação à solidariedade entre os entes federativos no sentido de alcançar os fins pretendidos pelo Estado, registram Streck e Bolzan de Morais (2015, p. 150) que:

> Essa integração, no caso específico do Brasil, deve-se dar tanto nos níveis municipal e estadual quanto federal, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. É por isso, que a Constituição de 1988, ao exercer esta função diretiva, fixando fins e objetivos para o Estado e a sociedade, pode ser classificada como uma Constituição dirigente.

A política de Estado, em relação à atividade econômica, deve observar alguns parâmetros, porque o Estado, por intermédio dos direitos sociais, deve

priorizar as carências da sociedade para aperfeiçoar e distribuir esses direitos aos indivíduos desprovidos de recursos materiais mínimos. O Estado Social não deve privilegiar os interesses econômicos-empresariais de seletos grupos – marca do neoliberalismo – que gera concentração de renda e, imperiosamente, potencializa os desatinos sociais.

Assenta-se, com base nas diretivas constitucionais, que a CRFB/1988 é dirigente, não nos moldes da revolucionária Constituição de Portugal, mas por adotar uma ideologia política, sendo que, a partir da qual, os intérpretes hermenêuticos da Constituição estão a ela vinculados. Significa dizer: devem respeito ao Poder Constituinte, aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios da República.

Sobre a Constituição Dirigente, Canotilho (2001, p. 487) disserta que:

> O programa constitucional de governo concebe-se também como programa em conformidade com a Constituição, devendo distinguir-se de outras figuras afins com as quais anda sistematicamente confundido (programa eleitoral e partidário, acordo partidário-governamental e acordo programático-governamental).

A criação desses parâmetros serve, também, para a construção de uma sociedade que deve resgatar, sempre que possível, o seu passado – não só local, mas global –, isto é, desenvolver a memória social para, em um tempo futuro, não voltar a praticar o que as desastrosas batalhas humanas causaram: mortes, suplícios, barbaridades, genocídios, ditaduras, prisões arbitrárias, censuras, restrições às liberdades individuais e coletivas etc. Em outras palavras, esses parâmetros previstos na Carta Maior devem impedir que graves violações aos direitos humanos se repitam.

Daí ressurge a relevância de um processo de justiça de transição satisfatório, porque o enfrentamento das brutalidades perpetradas no passado é de extrema urgência para o constante ajuste da amarfanhada democracia brasileira. Os direitos à justiça, à verdade, à identidade e à memória, por exemplo, são essenciais para qualquer espaço redemocratizado, uma vez que fornece elementos históricos, individuais e coletivos importantes, porquanto cria uma maior conscientização às novas gerações, no sentido de frearem e de lutarem contra qualquer tentativa de retorno a regimes totalitários, que afrontam, inevitavelmente, os direitos humanos e os direitos sociais. Um povo que não conhece os eventos históricos está fadado a repeti-los. Já que, conforme lembra Marx, acrescentando comentários à obra de Hegel, os fatos históricos acontecem "a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa" (MARX, 2011, p. 25).

Fez-se necessário, portanto, criar elementos de normatividade, consubstanciados em premissas constitucionais, que tenham como matéria a salvaguarda

de um projeto de Nação civilizado e democrático, para evitar outros grandes conflitos e, sobretudo, para limitar a atuação de poder.

Premente, assim, a defesa do cumprimento do texto constitucional, em seu sentido social e compromissório, uma vez que a globalização e o neoliberalismo têm feito vítimas em países periféricos. Não se pode esquecer que, juntamente com a globalização, vêm os ventos do neoliberalismo, que desrespeitam as Constituições e criam condições e possibilidades negativas para o cumprimento das diretivas constitucionais (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149).

Dito isso, serão destacados, a título de recorte teórico, os dispositivos constitucionais mais relevantes, consoante o objetivo deste estudo, que demonstrarão os caminhos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro, no que diz respeito aos valores, às orientações e às preferências. Quer dizer, os caminhos que deverão guiar o Estado no sentido da busca da redução das desigualdades sociais.

Os parâmetros serão os seguintes: a) art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); b) art. 3º, III (erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais); e c) art. 4º, II (prevalência dos direitos humanos).

Conforme será analisado, os parâmetros destacados acima demonstram, de forma clara e inequívoca, a intenção do Constituinte de elevá-los à qualidade de normas balizadoras de toda a ordem normativa-constitucional, tendo em vista que o Poder Constituinte as fixou no topo normativo do ordenamento jurídico. Explícita, portanto, a subordinação da vertente econômica neoliberal em relação às diretivas constitucionais, que regem todas as gerências de Estado, em níveis federal, estadual e municipal, uma vez que elas buscam, em sentido amplo, a justiça social. Em outras palavras, pode-se dizer que atualmente as decisões econômicas são sobrepostas ao programa de Estado estabelecido na CRFB/1988, na qual se definiu as bases do Estado Social brasileiro.

Dessa forma, após delinearem-se os trajetos da investigação, passa-se, pois, à análise das instruções normativas do campo constitucional. A primeira instrução a ser examinada é a dignidade da pessoa humana.

## 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo 1º, III, da CRFB/1988, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo fundamento constitui, especialmente, o Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana ganhou destaque já no primeiro artigo da Constituição, porque tem uma razão de ser. O *locus* da dignidade da pessoa humana inspira-se, conforme traduz Sarlet (2006, p. 67):

> [...] especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez, [...] à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1º, III). Aliás, a positivação na condição de princípio-jurídico constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica.

O Constituinte, motivado pelo constitucionalismo lusitano e hispânico, positivou a dignidade da pessoa humana no topo hierárquico normativo com característica de princípio e de valor fundamental. Os objetivos e as garantias fundamentais foram previstos posteriormente. Tal alocação revela, assim, a grandeza do princípio da dignidade da pessoa humana no trato das decisões político-jurídicas.

Em razão de sua natureza principiológica e valorativa, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre prestigiada antes da aferição de qualquer situação político-jurídica, uma vez que, na tentativa de enfraquecê-la, tal proposta encontra limites quanto ao seu conteúdo jurídico, na medida em que a dignidade da pessoa humana se consubstancia no maior princípio norteador de toda a estrutura jurídica. Ou seja, interferências negativas que atingem o princípio da dignidade da pessoa humana refletirão em todas as demais normas, na medida em que é o princípio estruturante da Constituição.

Não sendo uma previsão de caráter ético ou apenas prescritivo, a dignidade da pessoa humana é um princípio que deve regular todas as ações de Estado e da sociedade. Por isso, entende-se que a dignidade da pessoa humana é uma proteção, sobretudo, contra o "liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por parte dos poderes públicos, mas também por parte dos indivíduos" (MAURER, 2013, p. 135).

Sobre a temática narrada, vale transcrever as lições de Sarlet (2014, p. 124):

> Com efeito, a qualificação normativa da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, III, da Constituição não contém apenas (embora também) uma declaração de conteúdo ético, na medida em que representa uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material.

A prescrição da proteção da dignidade da pessoa humana, na CRFB/1988, é o resultado de fatos históricos externos que levaram à sua necessária valorização e preservação. A valorização da condição humana, ao longo do Século

XX, decorreu de uma série de abusos perpetrados em diferentes Estados Soberanos. O movimento mundial, por meio de tratados internacionais, valorizou a condição humana estabelecendo orientações de cunho universal, de caráter humanitário, com intuito de estabilizar as relações internacionais entre os países e, mormente, para evitar outros episódios de cunho nocivo à humanidade.

O tratado internacional mais influente, nesse aspecto, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, conforme corrobora Sarlet (2014, p. 123): "o documento seguramente mais influente segue sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), que trata do tema não apenas em seu Preâmbulo, mas também em artigos subsequentes". Destaca-se, nesse ínterim, o artigo 1º da referida declaração: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (DUDH, 1948).

Nesse sentido, reconheceu-se que não há hierarquização em relação à dignidade humana, tendo em vista que todos os homens e as mulheres são possuidores dela na mesma proporção. Isto é: "a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor" (MAURER, 2013, p. 137). Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana não se mede em relação a quem, no sentido de sua aplicabilidade, esteja recebendo seus efeitos de proteção. Ou seja, independentemente de onde determinado cidadão do mundo tenha nascido, seja qual for a sua nacionalidade, etnia, crença, orientação sexual, posição político-ideológica, a dignidade da pessoa humana atinge a todos e a todas em idêntico grau.

Dessa forma, vale destacar outras importantes proteções internacionais à dignidade da pessoa humana, que foram elaboradas em diversos territórios, conforme salienta Marques (2010, p. 547):

> Pode-se ler na Declaração de Filadélfia, de 1944, que "todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efectuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança económica e com oportunidades iguais". Com o mesmo espírito, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1945) manifesta-se a "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas".

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana ganhou *status* de proteção internacional e, como consequência desse movimento universal de sua valorização, foi consagrada internamente em diversas Constituições.

A dignidade da pessoa humana é universalmente protegida e ganhou robustez pelo processo de globalização do direito moderno internacional. Sua titularidade justifica-se pela condição de ser humano. Significa dizer que todos os seres humanos, sem exceção, devem ser tratados dignamente.

Assim, à medida que a proteção da dignidade da pessoa humana foi ganhando força internacional e nacionalmente, além do imbróglio de sua efetiva defesa, surgiram outras dificuldades no que diz respeito ao seu significado/conteúdo. "Invoca-se a abstração, generalidade e indeterminação, o que ocasiona o vazio quando visualizada em termos absolutos em relação ao aspecto material" (MASSAÚ, 2012, p. 37).

Afinal, o que é dignidade da pessoa humana? Sabe-se, em um primeiro momento, que ela não faz distinção e/ou hierarquização entre os seres humanos. "Ele pressupõe a relação de reconhecimento; nele, não existem graus ou hierarquias. O princípio da dignidade humana é inconciliável com discriminação e desigualdade" (MASSAÚ, 2012, p. 38). Todavia, há outros elementos que a tornam de difícil apreensão. Por exemplo, o que pode ser considerado digno para uns, pode ser considerado indigno para outros. E é aí que reside a complexidade dos meandros que giram em torno do termo *dignidade*.

A aferição do que significa dignidade da pessoa humana se confunde, inegavelmente, com as nossas pré-compreensões. "Nas palavras de Heidegger e principalmente de Gadamer, toda compreensão é uma pré-compreensão. Compreender é um apreender-com, ou seja, é uma tomada de entendimento a partir de uma determinada situação, construída socialmente" (MASCARO, 2013, p. 170).

Ou seja, todas as influências recebidas, sobretudo as externas, interferem no modo de agir, de pensar e de compreender do indivíduo. A intelectualidade, por isso, é volátil, porque o indivíduo revê suas percepções durante diferentes períodos da vida. O que ontem parecia ser bom, hoje pode parecer ruim. Esse é outro elemento que prejudica o significado da dignidade da pessoa humana.

As diferentes culturas tornam ainda mais heterogêneas as percepções do significado de dignidade, dificultando uma concepção universal. À vista disso, "ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade" (SARLET, 2013, p. 37).

As subjetividades que permeiam o conceito de dignidade da pessoa humana revelam-se, porque "as doutrinas filosóficas e cosmovisões entendem e definem a dignidade humana de modo diverso. Há 'conceitos de dignidade' cristãos, humanístico-iluministas, marxistas, teórico-sistemáticos e behavioristas" (STARCK, 2013, p. 201).

Entretanto, é preciso criar alguns fundamentos que tornem a acepção de dignidade da pessoa humana objetiva – ainda que esse propósito seja inatingível. Isto é, tem-se que objetivar, o máximo possível, o subjetivo. Assim, fazendo tal exercício cognitivo, chegar-se-á próximo do conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que seja inalcançável, repisa-se.

Nesse aspecto, como forma de investigação de aproximação do conceito, revela-se que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão, conforme traduz Sarlet (2013, p. 30):

> Sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária de tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).

Cediço é que toda tentativa de delimitação de um objeto à procura de um conceito é, na verdade, uma aproximação, já que o esgotamento de todas as suas peculiaridades é de difícil apreensão intelectual. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já enfrentaram esse delicado desafio, visto que se trata de um conceito vago e aberto, de pormenorizar, ainda que de modo abeirado, o significado de dignidade da pessoa humana.

Contudo, adota-se, para o deslinde deste trabalho, o conceito de dignidade da pessoa humana referendado por Sarlet (2006, p. 60):

> [...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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.

Após a análise de sua dimensão e do conceito proposto, denota-se que a dignidade da pessoa humana está interligada com o Estado, tendo em vista que, para a sua promoção, ele é de extrema fundamentalidade na direção de sua materialidade. A sociedade, também, deve promover esforços, agindo coletivamente e em solidariedade, para resistir a políticas de Estado que enfraquecem a dignidade humana, haja vista que sua construção surge a partir da efetivação dos direitos sociais.

O Estado brasileiro é Social, à vista dos diversos direitos sociais previstos na Lei Maior, que devem ser percebidos pela população de tal modo que não ofenda a dignidade da pessoa humana.

Conforme será demonstrado abaixo, a valorização da dignidade da pessoa humana se dá pela erradicação da pobreza e pela redução das desigualdades sociais.

## 4 ERRADIÇÃO DA POBREZA E DA MARGINALIZAÇÃO E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

Outro objetivo fundamental que reflete os programas de Estado é o da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. O art. 3º, III, da CRFB/1988, é enfático nesse sentido: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (BRASIL, 1988).

Consolidando tais objetivos, a Constituição demonstra inequívoca preocupação com as condições de vida de pessoas vulneráveis – as quais, normalmente, por terem essa posição de vulnerabilidade, não tiveram acesso a direitos básicos –, que vivem em ambientes precários e que não possuem condições mínimas de subsistência. Vislumbra-se, assim, a busca da efetivação de critérios para a implementação de justiça social.

Os entes federativos devem estar alinhados para atuarem em conjunto, porquanto o texto constitucional a eles conferiu tal incumbência. Posto que "além das funções do Estado estarem vinculadas a tais objetivos, estes devem ser perseguidos e concretizados em todos os níveis do Estado brasileiro – União, Estados e Municípios são responsáveis pela busca e concretização destes fins, constitucionalmente selecionados e positivados" (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 148-149).

Pois, "nitidamente, a Constituição brasileira aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas

públicas distributivas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno" (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149).

Os referidos objetivos fundamentais justificam-se, uma vez que os seguimentos do sistema capitalista geram deformações sociais em virtude de seu processo natural, que, inevitavelmente, provoca condições favoráveis a crises econômicas. "Pode-se ler o capitalismo como crise constante, por sua natureza exploratória e conflituosa que faz, então, com que a instabilidade social seja sua marca" (MASCARO, 2018, p. 24).

Esse modelo de sociedade entra em colapso tendo em vista que apenas aqueles que possuem condições materiais suficientes para sua subsistência são os que ocupam os espaços sociais de destaque, que se traduzem no ensino privado, no acesso a universidades federais, na assistência médica privada, em condições dignas de trabalho etc. Em contrapartida, os excluídos do seio social, em virtude do processo de desigualdade incentivado pelo capitalismo, são marginalizados, uma vez que a competitividade entre esses atores é discrepante em função dos seus *loci* sociais. "Quer dizer: a desigualdade econômica é uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei" (AVELÃS NUNES, 2003, p. 436).

A máxima da Constituição de que todos são iguais perante a lei não se fundamenta sem que haja, pois, o fortalecimento dos direitos sociais na direção da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais. Urge, por isso, reafirmar o notório pensamento, amiúde repisado, sobre o princípio da igualdade, de Aristóteles: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Estabelecer o critério da meritocracia em ambientes que, em seu princípio, são estruturalmente desiguais é, no mínimo, uma desonestidade intelectual ou uma falsa percepção das dificuldades que permeiam essas relações. Insustentável, assim, a reprodução da ideia de que as fontes materiais, muito embora não sejam partilhadas de modo igualitário para todos, não são definidoras, isto é, são contingentes no que toca às realizações daqueles que, habitualmente, galgam lugares por puro "mérito".

Nesse sentido, de acordo com Rawls (1997, p. 8):

> Tomadas em conjunto como um único esquema, as instituições sociais mais importantes definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem-estar econômico que podem almejar. A estrutura básica é o conjunto primário da justiça porque seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo. Nossa noção intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que os homens nascidos

> em condições diferentes têm expectativas de vida diferentes, determinadas, em parte, pelo sistema político bem como pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades especialmente profundas. Não apenas são difusas, mas afetam desde o início as possibilidades de vida dos seres humanos; contudo, não podem ser justificadas mediante um apelo às noções de mérito ou de valor [...]. A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.

Evidente, portanto, que os trajetos de vida dos sujeitos sociais são diferentes. Isso é resultado, conforme foi destacado, das mazelas do capitalismo, que não suporta um nível de igualdade social e econômico satisfatório para todos. Em outras palavras: para que poucos tenham muito, é necessário que muitos tenham pouco. Reflete, nesse sentido, Santos (2008, p, 282):

> A regulação social da modernidade capitalista se, por um lado, é constituída por processos que geram desigualdade e exclusão, por outro, estabelece mecanismos que permitem controlar ou manter dentro de certos limites esses processos. Mecanismos que, pelo menos, impedem que se caia com demasiada frequência na desigualdade extrema ou na exclusão/segregação extrema. Estes mecanismos visam uma gestão controlada do sistema de desigualdade e de exclusão, e, com isso, a redução das possibilidades de emancipação social às que são possíveis na vigência do capitalismo.

É verdade que a desigualdade e a exclusão social sempre existiram, mas, também, é verdade, que essa forma injusta de se conviver socialmente foi naturalizada. Por isso a necessidade da ação positiva do Estado, no que toca ao investimento em programas sociais e em políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, para que essas sequelas sejam, pelo menos, minimizadas, e que os níveis de oportunidades sejam aumentados. Dessa forma, para aqueles que não fazem parte dos espaços privilegiados, em virtude de sua condição econômica e social, o Estado deve ofertar condições de igualdade material, que sejam suficientes para lograrem com êxito os seus eventuais objetivos. “Primero, porque necesitamos acceder a los bienes exigibles para vivir y, segundo, porque estos no caen del cielo ni van fluir por los ríos de miel de algún terrenal [...] unos tengan más facilidad para obtenerlos y a otros les sea más difícil” (HERRERA FLORES, 2008, p. 25).

No entanto, com o desenvolvimento de medidas neoliberais no campo político-jurídico do País, dificulta-se a efetividade dos objetivos fundamentais da *res publica*. Ou seja, impede-se o respeito à Constituição, na medida em que "o ideal liberal rejeita o objectivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de Justiça: as políticas que buscam realizar a Justiça social distributiva são sempre encaradas como um atentado contra a liberdade individual" (AVELÃS NUNES, 2003, p. 440).

Avelãs Nunes (2003, p. 440-441) acrescenta que:

> O neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do Estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das *políticas de redistribuição do rendimento,* orientadas para o objectivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais equidade, de mais Justiça social, de mais igualdade efectiva entre as pessoas.

A visão econômico-social do neoliberalismo requer o império do individualismo. A atuação do Estado, nesse viés, não é bem-vinda, uma vez que a promoção da igualdade e da justiça social interferiria nas relações individuais, já que, na visão neoliberal, "uma sociedade que põe a liberdade em primeiro lugar acabará por ter, como feliz subproduto, mais liberdade e mais igualdade" (AVELÃS NUNES, 2003, p. 440).

Porém, os objetivos fundamentais do Texto Magno são opções ideológicas de Estado. A implementação de uma linha teórica econômica que não converge com os objetivos da Constituição, tendo em vista que, na verdade, contribui para o aumento da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais, é categórica. Uma constituição dirigente que tem como forma o Estado Social, em vista disso, não ampara vertentes econômicas neoliberais. Acolhem esse entendimento Streck e Bolzan de Morais (2014, p. 149):

> São a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal. Constitui o art. 3º da Constituição de 1988 um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro (inclusive as políticas públicas, medidas legislativas e decisões judiciais) se conformar formal e materialmente ao programa inscrito no texto constitucional. As políticas públicas podem ser controladas, assim, não apenas em seus aspectos de legalidade formal, mas também no tocante à sua adequação ao conteúdo e dos fins da Constituição, que são, entre outros, fundamentalmente, os fixados no art. 3º.

Concebida essa estrutura social, dividida, sobretudo, em classes sociais, que, por ser assim, aumenta os desatinos e as complicações de se criar uma harmonia de classe, evidente a importância da harmonização de políticas públicas de Estado no sentido da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais. A proteção dos objetivos fundamentais, em seu caráter mais elementar, por estarem previstos no Caderno Supremo, significa a realização substantiva dos direitos sociais fundamentais. Atrelado a isso, no contexto da interpretação constitucional, prevalecerão os direitos humanos, tema que será explorado a seguir.

## 5 PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Em relação à prevalência dos direitos humanos, o art. 4º, II, da CFRB/1988, revela que: *"*[...] a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos" (BRASIL, 1988).

Introduz "a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação das garantias e dos direitos fundamentais, sendo a primeira Constituição brasileira a consagrar, dentre os princípios a reger o Brasil no plano internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2014, p. 154).

Nessa toada, os progressos revelados na Constituição são parte de um processo, resultado de lutas sociais que tinham como pauta a valorização do ser humano. Herrera Flores (2008, p. 22) destaca que "los derechos humanos, más que derechos 'propiamente dichos' son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida".

Ou seja, não há um processo natural de aperfeiçoamento gradativo dos direitos humanos. As lutas são essenciais para o seu reconhecimento, porque "por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 2004, p. 9).

A consagração da normativa constitucional que fixa a prevalência dos direitos humanos foi um avanço no sentido da valorização do ser humano, sobretudo após as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. São notórias as graves violações que ocorreram à condição humana, principalmente, nos campos de concentração em Auschwitz.

É o que expõe Piovesan (2011, p. 93):

> Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o período em que o nazismo

> vigorou. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução.

O totalitarismo nazista resultou em reiteradas e permanentes afrontas aos direitos humanos. A banalidade do mal, termo explorado por Hannah Arendt (1999), remete à normalização de crimes bárbaros, compactuados entre o Estado nazista, seus agentes e a sociedade, que naturalizaram violações alarmantes ao ser humano, pelo fato de serem judeus, negros, ciganos, homossexuais, comunistas. Tal período significa a destruição da qualidade da dignidade, que é intrínseca ao ser humano. "Serão os traumas causados pela experiência da Segunda Guerra Mundial que hão de levar à mobilização da noção de 'dignidade' quer no direito internacional, quer no direito constitucional" (MARQUES, 2010, p. 547).

Apoiado em uma perspectiva liberal, isto é, na perspectiva do afastamento do Estado nas relações individuais, na medida em que alguns modelos de Estado, à época, eram truculentos em relação à conservação dos direitos humanos, conquista-se, assim, a primeira dimensão dos direitos humanos (direitos civis e políticos.). O Estado, então, passou a não interferir nas relações particulares, prevalecendo, assim, o direito à liberdade.

Contudo, diante das dificuldades sociais que enfrentam um ambiente, cujas liberdades individuais são exercidas plenamente, criam-se, por outro lado, barreiras para que esse direito seja efetivo. Em uma sociedade na qual os processos sociais são de exploração (capital *versus* trabalho) e em virtude da inércia do Estado na implementação de demandas essenciais para o desenvolvimento humanitário, surgem, então, outras grandes conquistas (direitos de segunda e de terceira dimensões). Reconhece-se a necessidade da atuação positiva do Estado, no aspecto da concretude de demandas que possibilitem a garantia de resguarda dos direitos humanos. Os direitos econômicos e sociais, inerentes à consagração dos direitos humanos, surgem nesse contexto como um dever do Estado. Nesse sentido, conforme revela Santos (2008, p. 106):

> Enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos

> humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade da vida, etc.) pressupõe que o Estado seja o principal garante dos direitos humanos.

Diante dessa interpretação, a prevalência dos direitos humanos, no ordenamento constitucional brasileiro, é um princípio, portanto, que se revela, também, na atuação do Estado na promoção dos direitos sociais. À medida que se respeita a prevalência dos direitos humanos, consagra-se, invariavelmente, os direitos sociais.

Todavia, em virtude do processo da globalização e do neoliberalismo, revela-se um ambiente de extrema instabilidade no que diz respeito aos direitos humanos-sociais. "En definitá, hemos entrado en un contexto en el que la extensión y la generalización del mercado – que se proclama falazmente como 'libre' – ha provocado que los derechos humanos comiencen a considerarse como 'costes sociales'" (HERRERA FLORES, 2008, p. 12).

Sem embargo, os direitos sociais são parte integrante dos direitos humanos, na medida em que, satisfeitos os direitos sociais, concomitantemente, efetiva-se, em certa medida, os direitos humanos. Direitos sociais e direitos humanos devem ser analisados simultaneamente. Se houver violação daqueles, aviltam-se, portanto, estes, porque direitos humanos são direitos sociais, na medida em que são prescrições constitucionais de noção fundamental.

Os direitos humanos foram incorporados no sistema jurídico brasileiro, visto que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que manifestam essa proteção. Os direitos humanos são direitos invioláveis, pois em nenhuma hipótese podem ser espezinhados. Pode-se afirmar, nesse aspecto, que os direitos sociais são uma institucionalização dos direitos humanos, cuja implementação se deu no âmbito constitucional e internacional.

Nota-se, portanto, que os direitos humanos e o neoliberalismo não atuam no mesmo sentido. A Constituição estabeleceu uma série de diretivas e de garantias fundamentais sociais que devem pautar todas as decisões que envolvem o Estado e a sociedade. Atuar em defesa da Constituição significa respeitar as diretivas constitucionais e obedecer ao projeto de Nação instituído para promover a justiça social.

As vertentes trazidas, aqui, todas de cunho compromissório, uma vez que foram compactuadas entre todos na Assembleia Constituinte e referendadas pela sociedade, buscam, definitivamente, uma sociedade mais justa. Conjugar tais valores com a ideologia econômica neoliberal, que defende o esvaziamento do Estado em demandas mais elementares aos indivíduos, é uma afronta ao Estado e à sociedade. Porque "el contenido básico de los derechos humanos será el conjunto de luchas por la dignidad, cuyos resultados, si es que tenemos el poder necesario para ello, deberán ser garantizados

por las normas jurídicas, las políticas públicas y una economía abierta a las exigencias de la dignidad" (HERRERA FLORES, 2008, p. 28).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi um marco social e jurídico, porque significou um profundo avanço na garantia de direitos aos cidadãos brasileiros. O texto constitucional não só consolidou o Estado Democrático de Direito – importante conquista após 20 anos de exceção comandada pela ditadura militar –, como também registrou uma série de programas de Estado, que revelaram a alma do projeto de Nação.

Essas direções, a serem perseguidas pelos agentes do Estado, traduzem-se na constante proteção e garantia, sobretudo, dos direitos sociais fundamentais, conquistados a duras penas durante a História. Em função disso, a Carta Maior estabeleceu diretivas importantes visando à diminuição da desigualdade social, tais como: o fundamento da dignidade da pessoa humana; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a prevalência dos direitos humanos. São orientações que fixam o caráter humanitário e inclusivo da CRFB/1988 e devem nortear as ações político-jurídicas da Administração Pública.

Muito embora a Constituição Cidadã tenha uma série de diretivas, características e proteções, verificou-se que a política econômica desempenhada no País potencializa as dificuldades de efetivação desses elementos e agrava as discrepâncias sociais. O neoliberalismo, vertente ideológica que objetiva o desmantelamento do Estado, vem sendo introjetado no Brasil desde a redemocratização e vem sendo aprofundado nos dias atuais. Essa projeção é o resultado do processo hegemônico da globalização econômica neoliberal difundida no final do Século XX. É uma matriz ideológica – implementada ora coercitivamente, ora democraticamente – alinhada a interesses não republicanos que esvazia o sentido da Constituição de 1988 e fortalece seletos grupos.

Premente, portanto, é o desenvolvimento de mecanismos políticos, jurídicos e filosóficos para que o programa de Estado, consubstanciado em suas diretivas constitucionais, ganhe efetividade e para que a CRFB/1988 não seja apenas um comando constitucional prescritivo. A transformação social de emancipação pode ser guiada pela intensificação da participação da coletividade em busca da efetivação de uma contra-hegemonia no sentido de criar mecanismos alternativos à sociedade influenciada pelos paradigmas neoliberalizantes.

A necessidade de participação popular resta evidente diante da impossibilidade de convívio de preceitos constitucionais fundamentais com práticas econômicas neoliberais no plano político-econômico do Brasil. Aquele objetiva o convívio, a socialização de demandas públicas, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a prevalência dos direitos humanos, a solidariedade, a promoção e o aprimoramento dos direitos sociais, a supremacia da Constituição, o desenvolvimento de políticas públicas que potencializem a efetivação da dignidade da pessoa humana. Este objetiva o desmantelamento dos valores constitucionais, das diretrizes de Estado, da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais no sentido de defender e preservar interesses de um conjunto seleto de pessoas, e não de toda a coletividade. Ou seja, esses elementos são antagônicos e não conversam entre si, embaraçando, assim, o seu contato harmonioso.

Há alguma alternativa no horizonte? Não há um único caminho a ser seguido, mas as respostas possíveis é o que se deve perseguir e se ter no horizonte para que, parafraseando o pensamento conhecido pela fala de Eduardo Galeano, passo a passo, possa-se, embora o horizonte sempre se distancie, continuar caminhando. E, como diria Chico Buarque, "amanhã vai ser outro dia".

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo e Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 8, p. 423-462, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em: 7 out. 2020.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>. Acesso em: 11 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinvención de los derechos humanos**. Andalucia: Atrapasueños, 2008.

MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. A dignidade humana como *prius* axiomático. Separata de **ARS IVDICANDI: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2010. v. 4, p. 541-566.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A dignidade humana em Pico Della Mirandola. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, n. 13, p. 36-45, 2012. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/864>. Acesso em: 15 out. 2020.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 119-143.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 153-159.

_____. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Wladimir (Org.). **O que resta da Ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 91-108.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-43.

_____. Comentário ao artigo 1º, inciso III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 121-128.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 199-224.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____; _____. Comentário ao artigo 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 146-150.

# O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E A AÇÃO SIGILOSA "ANTI-ANTIFASCISTAS": Notas sobre a Decisão da Medida Cautelar Proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 722 do Supremo Tribunal Federal

# THE MINISTRY OF JUSTICE AND THE CONFIDENTIAL INVESTIGATION "ANTI-ANTIFASCISTS": Notes on the Decision of the Precautionary Measure in the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept n. 722 of the Brazilian Federal Supreme Court

Gabriella Véo Lopes da Silva[1]

**RESUMO:** O artigo traz uma análise acerca de uma ação sigilosa realizada pela Secretaria de Operações Integradas do Ministério da Justiça e Segurança Pública que tinha como alvo servidores públicos e professores universitários antifascistas, todos opositores ao governo atual. O assunto foi levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, que verificou o desvio da finalidade do sistema de inteligência brasileiro e determinou a suspensão das investigações em prol do direito à liberdade de expressão e à intimidade. Embora preocupante a atuação da pasta do Executivo, que indica um viés autoritário contra seus oponentes políticos em violação às regras democráticas, o tema foi pouco divulgado pela mídia e não foi estudado pela academia, correndo o risco de cair no esquecimento ou no conformismo frente a mais um ato antidemocrático no Brasil pós-2018.

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Assessora de Juíza de Direito no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. E-mail: gabriellavlds@gmail.com

**Palavras-chave**: Antifascismo. Atividade de inteligência. Secretaria de Operações Integradas.

**ABSTRACT:** The article analyses the confidential investigation taken by the "Seopi" (Secretariat of Integrated Operations) of the Ministry of Justice and Public Security that targeted public servants and anti-fascist professors, all opposed to the current government. The matter was brought to the attention of the Federal Supreme Court, that decided there was a deviant from the purpose of the Brazilian intelligence system and determined the suspension of investigations in order to protect the rights to freedom of speech and privacy. Although the performance of the Executive is concerning, because it indicates an authoritarian bias against its political opponents in violation of democratic rules, the subject was not well publicized by the media and was not studied by the academy, therefore there is a strong risk that this topic will be forgotten, obliviated under the conformism in the face of another antidemocratic act in post-2018 Brazil.

**Keywords**: Antifascism. Intelligence activity. Secretariat of Integrated Operations.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 24 de julho de 2020, o Portal UOL publicou notícia informando que o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por meio de sua Secretaria de Operações Integradas (Seopi), teria produzido uma espécie de dossiê sigiloso contra professores universitários e servidores públicos da área de segurança, todos ligados ao movimento antifascista, e divulgado referido relatório para os diversos órgãos que compõem o Sistema de Brasileiro de Inteligência, algo que faz lembrar a atuação de setores como o Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) e o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) contra os oponentes políticos da ditadura militar de 1964-1985.

O assunto foi levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (STF) por força da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 722, cuja medida cautelar foi julgada no mês de agosto de 2020. Embora o contexto desses fatos seja de extrema gravidade e denuncie uma forte atuação antidemocrática por parte da pasta do Executivo, o assunto foi pouco divulgado na grande mídia e ainda menos debatido na academia.

Uma vez que o Congresso "Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia" busca lutar contra o crescente autoritarismo e encontra na academia o seu espaço de liberdade, esse artigo tem como missão

registrar os fatos conhecíveis sobre o assunto, para que o tema venha à luz e para que não seja esquecido que professores e servidores públicos foram monitorados pelo serviço de inteligência, em pleno 2020 pós-redemocratização, simplesmente por defenderem a democracia. A memória e o conhecimento também são atos de resistência.

Valendo-se do método dialético, a pesquisa adotou abordagem qualitativa com finalidade descritiva, utilizando-se como fonte principal a bibliografia ainda incipiente sobre o assunto. Sobre esse aspecto, é relevante mencionar que, para tratar particularmente da ação desenvolvida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, cuidou-se de assistir a todo o julgamento da medida cautelar ora em análise, o qual foi transmitido pela TV Justiça e online pela plataforma *YouTube*; empregou-se, também, a leitura atenciosa e crítica de notícias e da documentação pública colacionada aos autos da ADPF n. 722. Isso se deve ao fato de que, até o depósito do trabalho (25 de outubro de 2020), ainda não havia sido publicado nenhum artigo sobre o tema, consoante pesquisa empreendida nos portais de periódicos da Capes, Scielo e Google Acadêmico, o que inevitavelmente dificulta uma abordagem comparativa entre autores, mas demonstra a originalidade do trabalho e a necessidade de colocar o assunto em debate. Para além do tema específico, foram utilizadas várias obras clássicas, modernas e contemporâneas para abordar a matéria correlata ao assunto (a democracia).

## 2 ANTECEDENTES: O QUE MOTIVOU A ELABORAÇÃO DO DOSSIÊ?

Muito antes que o Portal UOL divulgasse o furo jornalístico que trouxe à tona a investigação objeto desse trabalho, movimentos políticos estranhos começavam a ocorrer e, ao que tudo indica, auxiliaram no desfecho que ora se busca apresentar. Necessário, então, apresentar os fatos (ou pelos menos os fatos conhecíveis) que antecederam a atuação do MJSP e que serviram de "justificativa" para a criação dos tais relatórios.

Ao que parece, tudo se iniciou com a fatídica reunião ministerial de 22 de abril de 2020, em que o Presidente Jair Bolsonaro e seus Ministros fizeram várias alegações de caráter antirrepublicano e antidemocrático (VEJA AS..., 2020) que, por ora, não merecem maior detença. Entretanto, uma das declarações mais perniciosas foi suficiente para alarmar o então Ministro da Justiça Sérgio Moro, que, em 24 de abril, anunciou sua demissão. Em coletiva de imprensa à época, afirmou que o Presidente Jair Bolsonaro estaria interferindo politicamente[2] na Polícia Federal "porque pretende ter

[2] "O presidente me disse mais de uma vez, expressamente, que ele queria ter uma pessoa do contato pessoal dele, que ele pudesse ligar, que ele pudesse colher informações, que ele

na PF alguém que lhe dê informações sobre investigações e inquéritos em andamento no Supremo Tribunal Federal" (MATOS *et al*, 2020). Diante da gravidade da acusação apontada por Moro, foi instaurado um inquérito no Supremo para apurar os fatos.

Um mês depois (22 de maio) e no curso de tal inquérito, o Ministro Celso de Mello encaminhou para análise da Procuradoria-Geral da República (PGR) três notícias-crime, apresentadas por partidos políticos, nas quais foi pleiteada a apreensão do celular do Presidente para verificar se as alegações de Moro eram reais (MAZUI, 2020a). Naquela data, o ministro do Gabinete de Segurança Institucional, General Augusto Heleno, publicou nota afirmando ser "inconcebível" o pedido de apreensão do celular do Presidente e que sua efetivação seria uma afronta ao Executivo em "evidente tentativa de comprometer a harmonia entre os poderes e poderá ter consequências imprevisíveis para a estabilidade nacional" (MAZUI, 2020b).

A declaração imprudente, voraginosa e certamente incapaz de interpretar semanticamente o despacho do Ministro Celso de Mello dividiu opiniões. De um lado, conservadores indoutos fizeram coro ao General e realizaram manifestações contrárias ao Supremo no dia 31 de maio, chegando ao cúmulo de exigir o retorno da ditadura e a intervenção militar como meio de se garantir a democracia[3]. O Presidente Jair Bolsonaro endossou alguns desses protestos fazendo-se presente e mostrando-se solidário aos pleitos invocados (BOLSONARO..., 2020). De outra banda, vários manifestantes espalhados pelo país foram às ruas, mesmo em meio à pandemia, demandando ações antifascistas especialmente do governo; esses protestos foram repudiados pelo Presidente no Twitter (BOLSONARO..., 2020). Em 05 de junho, durante um discurso em Águas Lindas (GO), o chefe do Executivo Federal chamou os manifestantes dos atos pró-democracia de "marginais, terroristas, desocupados e maconheiros". Segundo ele, "esses terroristas [...] estão nos ameaçando" (GOMES; SANTANA; HONORATO, 2020).

Na mesma data em que os protestantes pró-democracia eram rotulados de terroristas pelo Presidente Jair Bolsonaro, o grupo "Policiais Antifascismo" publicou um manifesto em apoio aos movimentos antifascistas contra o Presidente, alertando para o perigo de uma ruptura democrática no país com

pudesse colher relatórios de inteligência, seja diretor, seja superintendente. E realmente não é o papel da Polícia Federal prestar esse tipo de informação." (MATOS *et al*, 2020).

[3] À época, Ives Gandra da Silva Martins publicou artigo de opinião interpretando, à sua maneira característica e tão peculiar, o artigo 142 da Constituição Federal como se as Forças Armadas fossem espécie de Poder Moderador (algo que não existe no ordenamento jurídico do país desde 1891), o qual deveria intervir quando um Poder "invadisse" a competência do outro (MARTINS, 2020) – sugestão ivesgandrista ao arrepio do artigo 2º da própria Constituição de 1988.

as recentes movimentações do atual Chefe do Executivo Federal. O texto, assinado por 503 servidores federais e estaduais de segurança pública, denunciava perseguições a policiais que integram grupos antifascistas e propunha a criação de uma Frente Única Antifascismo com partidos, artistas e movimentos de classe e da sociedade civil (PUTTI, 2020)[4].

Então, em 24 de julho de 2020, o Portal UOL veio à público noticiar que:

> O Ministério da Justiça colocou em prática em junho uma ação sigilosa sobre um grupo de 579 servidores federais e estaduais de segurança identificados como integrantes do "movimento antifascismo" e três professores universitários, um dos quais ex-secretário nacional de direitos humanos e atual relator da ONU sobre direitos humanos na Síria, todos críticos do governo de Jair Bolsonaro. O ministério produziu um dossiê com nomes e, em alguns casos, fotografias e endereços de redes sociais das pessoas monitoradas. (VALENTE, 2020).

Segundo a reportagem, a Seopi[5], que faz parte do MJSP, havia produzido um relatório sobre "Ações de Grupos Antifa e Policiais Antifascismo". Unindo

[4] "A estratégia de avanço do projeto fascista no país é ampla. Mobilizam a intolerância e o ódio aos movimentos de esquerda nas ruas e nas instituições da República. Os esforços visando o aparelhamento e o comando da polícia federal e da Procuradoria Geral da República confirmam isso. Precisamos avançar a resistência para uma aliança popular antifascismo. Não podemos conceber unidade política sem participação popular. [...] Os partidos políticos do campo progressista são fundamentais, mas precisamos de uma Frente Única Antifascista, com a participação de sindicatos, entidades de classe, movimentos populares, estudantes, servidores públicos, acadêmicos, juristas, artistas, mas principalmente dos amplos setores da classe trabalhadora, para organizarmos uma reação às ameaças civil-militares de ruptura institucional. Somente a resistência organizada, que garanta a participação popular, poderá cumprir essa tarefa." (PUTTI, 2020).

[5] A Secretaria de Operações Integradas integra o MJSP e teve suas atribuições modificadas quando da assunção do poder pelo presidente Jair Bolsonaro. Hoje cabe à Seopi, dentre outras atividades, o assessoramento do Ministro de Estado nas atividades de inteligência e operações policiais, com foco na integração com os órgãos de segurança pública federais, estaduais, municipais e distrital; a promoção da integração às atividades de inteligência de segurança pública, em consonância com os órgãos de inteligência federais, estaduais, municipais e distrital que compõem o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública; o estímulo e o induzimento de investigação de infrações penais, de maneira integrada e uniforme com as polícias federal e civis. (BRASIL, 2019). Na época em que a notícia do Portal UOL foi publicada, quem estava à frente da Seopi eram Jair Bolsonaro (na medida em que é Presidente da República), André Mendonça (na qualidade de Ministro da Justiça), Jeferson Lisbôa Gimenes (secretário da Seopi, delegado da Polícia Civil do DF nomeado por Mendonça para o cargo), e Gilson Libório de Oliveira Mendes (chefe da Diretoria de Inteligência da Seopi, bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras e mestre em Aplicações Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais), posteriormente exonerado quando os fatos vieram à tona.

o manifesto de 05 de junho e outro produzido em 2016, quando do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff ("Manifesto de Policiais pela Legalidade Democrática"), a Seopi criou uma planilha de Excel com dados dos 579 agentes de segurança que estariam envolvidos com o antifascismo. Junto da planilha e do relatório, a Seopi incluiu "uma série de 'notícias relacionadas a policiais antifascismo' e cópias em PDF do livro 'Antifa – o manual antifascista', do professor de história Mark Bray, e de um certo 'manual de terrorismo BR'", produzido por adolescentes (VALENTE, 2020).

Sobre o manifesto de 2016, a Seopi teria escrito que "agentes de segurança pública assinam o referido documento, o qual posiciona-se com as mesmas diretrizes que estão sendo difundidas atualmente com os antifas" (VALENTE, 2020). Quanto ao manifesto de 2020, a Seopi fez constar que "verificamos alguns policiais formadores de opinião que apresentam número elevado de seguidores em suas redes sociais, os quais disseminam símbolos e ideologia antifascistas." (VALENTE, 2020). E mais: "além desses servidores foi possível identificar alguns formadores de opinião, professores, juristas e o atual secretário de estado de articulação da cidadania do Pará [sic], defensores desse movimento" (VALENTE, 2020). São eles: Paulo Sérgio Pinheiro[6], Luiz Eduardo Soares[7], Ricardo Balestreri[8] e Alex Agra Ramos[9].

De acordo com o Portal UOL, os dados coletados pela Seopi foram classificados como de "acesso restrito"[10], já que tratam de informações pessoais dos "investigados" (VALENTE, 2020). Ainda assim, o documento produzido pela pasta teria sido encaminhado à Polícia Federal, ao Centro de Inteligência do Exército, à Polícia Rodoviária Federal, à Casa Civil da Presidência da República, à Abin, à Força Nacional e a outros centros de inteligência vinculados à Seopi, "e não se sabe a consequência dessa disseminação. Pode ser usado, por exemplo, como subsídio para perseguições políticas dentro dos órgãos públicos" (VALENTE, 2020). E as perseguições internas já estão ocorrendo: policiais do movimento antifascista entrevistados pelo UOL relataram que

[6] Integrante da Comissão Arns de Direitos Humanos, presidente da comissão independente internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a República Árabe da Síria desde 2011, com sede em Genebra, nomeado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, ex-secretário nacional de direitos humanos no governo de FHC e ex-integrante da Comissão da Verdade.

[7] Cientista político, secretário nacional de Segurança Pública no primeiro governo Lula e co-autor do livro "Elite da Tropa".

[8] Secretário estadual de Articulação da Cidadania do governo do Pará e ex-presidente da Anistia Internacional no Brasil.

[9] Bacharel em Ciências Políticas na Bahia.

[10] Ou seja: pela Lei de Acesso à Informação e pelo Decreto que a regulamenta, as informações somente poderão vir à público daqui a 100 anos.

vêm sofrendo retaliações dentro das corporações, inclusive com injustificadas dispensas em participação de operações de alta relevância (VALENTE, 2020).

A gravidade das informações trazidas pela reportagem fez com que a comunidade internacional se manifestasse. A Anistia Internacional exigiu "o fim de toda e qualquer investigação secreta e ilegal contra opositores do governo" por entender que tal ato é arbitrário e viola os direitos humanos (MINISTÉRIO..., 2020). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, pediu que se investigasse "se houve vigilância ilegal pelas agências de inteligência do Estado" (TORRES, 2020). No Brasil, a reportagem causou o descontentamento de vários grupos da sociedade brasileira. O Movimento dos Policiais Antifascismo condenou a prática, pediu a apuração, a responsabilização e a reparação da verdade e ainda afirmou que:

> [...] liberdade de pensamento e de associação não são crimes, enxergamos como inadmissível o fato de ainda existirem, no seio do Estado democrático de direito, estruturas governamentais que se prestam a reeditar ações similares às dos não memoráveis DOPS (Departamento de Ordem Política e Social) e DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informação do Centro de Operações de Defesa Interna), se afigurando enquanto instrumentos de perseguição política a opositores, financiados com recursos do povo brasileiro. (POLICIAIS..., 2020).

Luiz Eduardo Soares, uma das pessoas citadas no dossiê, disse haver duas agressões à democracia na atuação da Seopi: "Em primeiro lugar, uma investigação sem participação do Ministério Público, sem acusação? Em segundo lugar, é crime ser contrário ao fascismo? Ser antifascismo? Os democratas e as democratas não somos antifascismo?" (MINISTÉRIO..., 2020). O Fórum Brasileiro de Segurança Pública considerou "gravíssima" a denúncia do Portal UOL, por ser "uma medida arbitrária, que remete aos tempos da ditadura militar, e cujo intuito claro é o de intimidar e constranger servidores públicos da área de segurança que se posicionam contra as incontáveis ações e declarações beligerantes e radicais do atual presidente da República". Aduziu, ainda, que "a integração dos órgãos de segurança pública, missão primeira da Seopi, não pode ser aparelhada por uso político-ideológico do governo". (FÓRUM..., 2020).

Conrado Hübner Mendes, professor da USP, comparou o ato à "polícia do pensamento" e afirmou que o Ministro da Justiça parece cometer pelo menos quatro ilícitos: 1) crime de responsabilidade ('violar patentemente qualquer

direito ou garantia individual' - art. 7º, IX, da Lei do Impeachment); 2) crime de abuso de autoridade ('proceder à persecução administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente', art. 30, lei 13.869/19); 3) improbidade administrativa ('praticar ato visando fim proibido em lei' e 'atentar contra princípios da administração', como transparência e impessoalidade - art. 11, I, lei 8.429/92); 4) ilícito contra o direito à informação ('utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda' e 'impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal', art. 32, II e V, lei 12.527/11) (MENDES, 2020b).

Acuado, o MJSP foi forçado a responder – tardiamente. Em 30 de julho, asseverou que as atividades da Diretoria de Inteligência da Seopi se pautam nos princípios da legalidade, do sigilo e da segregação das informações, destinadas exclusivamente às autoridades públicas que necessitem prevenir situação de risco para a segurança pública conforme o caso concreto. Alegou que "a atividade de inteligência não é atividade de investigação" e que "não há nenhum procedimento instaurado contra qualquer pessoa específica no âmbito da SEOPI, muito menos com caráter penal ou policial. Não compete à SEOPI produzir 'dossiê' contra nenhum cidadão e nem mesmo instaurar procedimentos de cunho inquisitorial" (grifos no original). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

O Ministério esclareceu ainda, na mesma nota, que possui órgãos específicos de inteligência e contrainteligência desde 2006, por força de Decreto da lavra do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, servindo para "compilar, controlar e analisar dados para assessorar as decisões do Secretário" (grifos no original), e que "não atua para investigar, perseguir ou punir cidadãos". Fez, ao fim, um alerta: "o vazamento de informações de inteligência é fato grave e que coloca em risco atividades essenciais do Estado Brasileiro e viola os direitos fundamentais de pessoas eventualmente citadas nos relatórios por simples pertinência temática com o assunto a ser abordado" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Entretanto, a situação não foi resolvida por si só. O Partido Rede Sustentabilidade propôs uma ADPF perante o Supremo para questionar a investigação da Seopi, ao argumento de que, sob a desculpa do exercício da atividade de inteligência, "se utiliza do aparelhamento estatal para perseguições políticas e ideológicas, sem que haja qualquer risco considerável à segurança pública e à integridade nacional que justifique a abertura de procedimentos investigativos" (REDE..., 2020). Assim, pediu a suspensão imediata da produção e da disseminação das informações, a remessa do conteúdo já existente ao STF e abertura de inquérito para apurar eventual prática de crime pelo Ministro da Justiça e seus subordinados.

## 3 O INÍCIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 722

Tão logo aportou a ADPF no Supremo, a Ministra Cármen Lúcia requisitou informações ao MJSP em 04 de agosto, que as prestou dois dias depois. De acordo com o órgão, é competência da Seopi "o acompanhamento e avaliação de cenários internos e externos, buscando sempre identificar situações que possam potencialmente resultar em ameaças ou riscos aos interesses da sociedade e do próprio Estado", sendo que investigação criminal e atividade de inteligência não se confundem. Por isso, "não compete à SEOPI produzir 'dossiê' contra nenhum cidadão e nem mesmo instaurar procedimentos de cunho inquisitorial". Além disso, para assegurar a atuação das Atividades de Inteligência, afirmou que há uma exceção ao princípio da transparência da Administração Pública. Logo, apresentar ao Judiciário os documentos produzidos "poderia colocar em risco o sistema de salvaguardas das informações e documentos de inteligência". Ressaltou, ainda, que quem fiscaliza a atividade de inteligência é a Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência (CCAI), ligada ao Senado Federal, não sendo passível a análise dos atos pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020).

Outros pontos foram trazidos pela Nota Técnica 19, da lavra do Advogado da União Dr. Bernardo Batista de Assumpção. Ele asseverou ser incabível a ADPF porque a situação deveria ser observada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que "sequer foram apresentadas ao eg. STF", o qual deveria "valer-se de um 'salto de fé'" para a admissão da ADPF porque o autor não havia demonstrado a existência de atos concretos atentatórios a preceito fundamental da Constituição. Alegou ter sido instaurada sindicância investigativa para apurar eventuais responsabilidades administrativas e que o Ministro da Justiça compareceu ao Congresso Nacional para prestar esclarecimentos aos Parlamentares. Logo, o Poder Judiciário só deveria ser acionado como *última ratio*. Asseverou, por fim, que se "houvesse um desvio de finalidade comprovado de modo cabal no bojo de uma operação de inteligência [...], aos eventuais interessados estaria sempre facultado o acesso ordinário e individual ao Poder Judiciário para a proteção de seus direitos" (BRASIL, 2020).

Além desses dados, o próprio Ministro da Justiça André Mendonça prestou informações ao STF em duas ocasiões distintas (12 e 17 de agosto, sendo que o julgamento da liminar havia sido aprazado para o dia 19). Na primeira ocasião, afirmou ter comparecido à CCAI em 07 de agosto voluntariamente para prestar esclarecimentos; informou não ter descumprido as determinações do STF, porque o despacho da Ministra Relatora somente pedia informações e não cópia dos relatórios em si; afirmou ter instaurado sindicância prévia para apuração dos fatos noticiados e ter substituído a Diretoria

de Inteligência da Seopi, "a fim de garantir total isenção e liberdade para a comissão sindicante" (BRASIL, 2020). Na segunda oportunidade, dois dias antes do julgamento, o Ministro da Justiça juntou os documentos que haviam sido produzidos e solicitou fosse deferido o sigilo da documentação. O ofício foi recebido, autuado em apartado pelo caráter sigiloso que havia sido momentaneamente deferido, e cientificou-se de que referido ofício era instruído também por uma mídia. Por essa razão, os dados não se encontram disponíveis para acesso na movimentação processual da ADPF (BRASIL, 2020).

No dia do julgamento da liminar, a Ministra Cármen Lúcia leu o relatório (com inclusões para além do relatório que já se encontrava juntado aos autos, em razão dos novos esclarecimentos do Ministério da Justiça e Segurança Pública) e, em seguida, falaram como *amici curiae* os representantes da Confederação Nacional das Carreiras Típicas de Estado e da Associação Direitos Humanos em Rede Conectas Direitos Humanos, os quais pediram a concessão da liminar tal qual pleiteado na peça vestibular da ADPF (PLENO, 2020).

Ato contínuo, ouviu-se a fala do Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, advogado-geral da União. Ele iniciou afirmando que a União rejeita qualquer tipo de autoritarismo e asseverou que não há espécie de "base militar ultrassecreta" no país, mas, mesmo que houvesse e um Ministro viesse a pedir "informação sobre quaisquer pessoas, coisas, pesquisas ou eventos ultrassecretos que fossem, nessa referida e hipotética base, seriam entregues de pronto e sem nenhum sigilo oponível ou exigível do e. STF"[11]. Afirmou, ainda, que o Ministro da Justiça prestou informações dentro da amplitude com que foram solicitadas, já que não havia sido determinado, pela Corte, a entrega do relatório. Explanou, ademais, como e por quê determinados conteúdos se tornam objeto de relatórios de inteligência, bem como a razão de seu necessário sigilo; e, ao final, defendeu a postura do Ministro André Mendonça, afirmando ser ele "insuspeito no próprio contexto do caso, isso porque, dentre outras razões, a questão em causa tem origem em atos anteriores à própria nomeação do Ministro [...]" (PLENO, 2020).

Logo em seguida, falou o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, tendo ele aduzido que os fatos em questão haviam sido exaustivamente apurados pela CCAI e, segundo a análise técnica do Senado Federal produzida com independência, a situação parecia um "alarme falso, talvez um exagero". Afirmou também que ele próprio analisou os

[11] O argumento, por si só, já é descabido. Ora, se houvesse uma "base militar ultrassecreta" no país, certamente estaria agindo de modo ilegal pelo seu óbvio autoritarismo – qual é a segurança, pois, que de fato essa "base militar ultrassecreta" apresentaria dados ao Supremo se fossem requisitados?

dados levantados pelo Ministério da Justiça e, manifestando-se pelo não conhecimento da ADPF, concluiu que os relatórios não mereciam maior detença porque:

> [...] representam na verdade uma compilação de dados, informações, extraídos de fontes abertas, [...] o Instagram, o Facebook, YouTube e manifestos publicados nas redes sociais. Portanto, atividade que poderia ser realizada por qualquer cidadão com acesso a rede mundial de computadores é trazida aqui, em sede de ADPF, para apreciação da Suprema Corte brasileira. (PLENO, 2020).

Posteriormente, a Ministra Cármen Lúcia leu seu voto e o julgamento foi suspenso para repouso dos Ministros da Corte, prosseguindo no dia subsequente. Portanto, a próxima seção apresentará a síntese dos votos dos Ministros nos dois dias de julgamento.

## 4 ANÁLISE DOS VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DA LIMINAR DA ADPF N. 722 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As subseções seguintes serão apresentadas por ordem de votação, devendo se considerar que o último acesso à movimentação processual da ADPF n. 722 se deu em 19 de outubro de 2020, quando o acórdão ainda não havia sido publicado. Em razão disso, para acompanhar e conhecer o deslinde da questão assistiu-se a todo o julgamento da medida cautelar, que foi transmitido ao vivo e está publicado na plataforma online *YouTube* do STF. Os excertos abaixo fazem parte das transcrições dos votos proferidos oralmente pelos Ministros da Suprema Corte.

### 4.1 Voto da relatora, a Ministra Cármen Lúcia

O voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia trouxe informações muito importantes sobre o conteúdo da ADPF. Ao contrário do que havia sido sustentado pelo PGR em seu parecer oral e pela AGU por força da Nota Técnica n. 19, entendeu a Ministra ser o caso de se conhecer da ADPF porque se tratava de violação, em tese, de preceitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e de associação, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e honra. Afinal, como o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988), a mera verificação técnica das informações pela CCAI ou pelo gabinete do Procurador-Geral da

República não impediam a análise da temática pelo Judiciário, razão por que não haveria óbice na atuação do Supremo no âmbito do caso em testilha.

Após ler alguns trechos das informações prestadas pelo MJSP, concluiu que Mendonça não solicitou a elaboração de qualquer relatório de inteligência, "só teve conhecimento de sua possível existência pela imprensa" (PLENO, 2020), vindo a proferir elogios à imprensa livre que permitiu que tal ato viesse à tona. E mais: trouxe ponto muito relevante que deixa transparecer a incerteza trazida pelo próprio MJSP quando de sua defesa pela AGU:

> Não é dito 'não há dossiê, não há relatório, está tudo certo'. Não é dito. [...] O autor das informações (iniciais), Dr. Bernardo Batista de Assumpção, como ele também não diz que não existe relatório, ou que este relatório, como ele é feito, e que não é dossiê, é relatório, é de inteligência, mas não faz investigação, para isso também ele reclama do Supremo um 'salto de fé' [...] Por isso, neste primeiro momento não há uma negativa peremptória [...]. (PLENO, 2020).

Embora o acesso aos documentos juntados pelo MJSP seja vedado em razão do sigilo que foi decretado pelo Supremo a pedido da própria pasta, vê-se, pela análise do voto da Ministra Relatora e mais precisamente pela leitura das informações prestadas pelo Ministério e pela AGU, que em momento algum a pasta negou, oficialmente, a existência do "dossiê" ou do "relatório". Aliás, mais se bateu pela impropriedade das palavras "dossiê" e "investigação" do que efetivamente negou a existência dos documentos em questão, como se verá adiante.

A Ministra Cármen Lúcia também considerou questionável a exoneração do militar Gilson Libório de Oliveira Mendes, chefe da Diretoria de Inteligência da Seopi à época da produção dos documentos, que havia sido nomeado para o cargo em 07 de maio pelo Ministro André Mendonça, já que, supostamente, nada ilegal havia sido realizado, o que não justificaria a exoneração urgente do referido militar. Segundo ela,

> Não compete [...] nem à Seopi, nem ao Ministério da Justiça, nem a ninguém, nem a órgão estatal, nem sequer a particulares não compete fazer dossiê contra quem quer que seja. [...] E se (a competência) não foi descumprida, agora precisa de ter seguimento mesmo, para se saber: se não houve desbordamento, fica pelo menos estranho ter sido afastado alguém e instaurado sindicância. [...] A minha pergunta é: se não há dossiê, do que estamos falando, em matéria de apuração administrativa, que levou até ao afastamento de um servidor? (PLENO, 2020).

De acordo com a Relatora, o Estado não pode ser infrator, ainda mais de direitos fundamentais: "no Direito Constitucional o uso ou abuso da máquina estatal, mais ainda para colheita de informações de servidores com postura política contrária a qualquer governo, caracteriza, sim, desvio de finalidade" (PLENO, 2020). Por tal razão, ela deferiu a medida cautelar para suspender todo e qualquer ato do MJSP de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, escolhas pessoais e políticas, práticas cívicas dos cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais, identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se.

## 4.2 Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Segundo a votar, o Ministro Alexandre de Moraes foi muito incisivo ao arguir que "não há dúvidas de que há relatórios de inteligência/dossiês, as dúvidas se restringem ao nome, mas a existência não foi posta em dúvida em algum momento" (PLENO, 2020). Após ter analisado a documentação juntada aos autos pelo MJSP, percebeu que os dados haviam sido extraídos de redes sociais e do Google, o que considerou "informações extremamente precárias para um sistema de inteligência que deveria ser muito melhor [...]. Me parece que grande parte desses relatórios de inteligência confia muito na internet, porque repete muito o que sai na internet" (PLENO, 2020), comparando-os a *clippings* jornalísticos, que muito se distanciam de um serviço de inteligência de qualidade devidamente empregado.

E neste ponto o Ministro fez um adendo crítico: muito embora as informações reunidas não tivessem qualquer viés de inteligência e certamente não deveriam ser objeto de análise do serviço de inteligência, a Seopi extrapolou ao começar a guiar essa atuação de levantamento de dados tendo por base o viés político contrário ao governo atual:

> Num determinado momento, não consta em nome de quem, não consta em nome de quê, e não há um procedimento específico [...], se começa a identificar policiais que seriam contrários ao governo, [...] – e aí um claro viés político – [...] e começa-se em tese a fichar policiais por estado. [...] Qual é o interesse disso? [...] Se você quer estabelecer, da PM de determinado estado, os policiais que são contra ou a favor do governo, você o quer fazer para alguma finalidade. [...] A utilização das informações do Estado, do Poder do Estado, do SISBIN, para separar principalmente, dentro dos órgãos policiais, quem o relatório de inteligência acha a favor ou contra e a partir daí comunicar

> os seus superiores, as autoridades estaduais, isso é extremamente perigoso e há nisso um desvio de finalidade. (PLENO, 2020).

Para o Ministro, o ponto nevrálgico não é a qualidade questionável (que considerou "mais para 'fofocaiada' do que relatório de inteligência") ou o nome que se dá ao que produziu, mas sim o fato de que a Seopi fez uma "classificação político-ideológica de servidores públicos, principalmente da área da segurança pública, alguns outros servidores públicos e professores" (PLENO, 2020), demonstrando desvio de finalidade que "poderia avançar num sentido mais profissional e muito mais perigoso" (PLENO, 2020). Desse modo, ele acompanhou o voto da Relatora no que diz respeito à adequação da via eleita e ao deferimento da medida cautelar.

## 4.3 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro Fachin seguiu o voto da Relatora e frisou que não houve negativa de que há um "relatório" que trata especificamente de servidores, compreendendo-o como um "aparente, quando não mais, desvio de finalidade das informações de inteligência" (PLENO, 2020):

> Não só a real existência, mas a mera possibilidade de existência de um dossiê – tenha este ou outro nome – num país que chamou para si, em 1988, a expressão 'Nunca Mais', em matéria de autoritarismo, só essa circunstância já levaria a demonstrar o abrigo jurídico-normativo na Constituição brasileira sobre as pretensões legítimas vertidas na inicial. (PLENO, 2020).

Mais sucinto, o Ministro Fachin trouxe dado que, até então, era desconhecido. Segundo o Ministro, o relatório se inicia em data que antecedeu a chegada do Ministro André Mendonça no Ministério da Justiça e Segurança Pública: à época, o ex-juiz Sérgio Moro ainda estava no cargo. De se ressaltar que, pela data apontada pelo Ministro Fachin, constata-se que o começo desse relatório remonta à data de exoneração de Moro:

> Parece-me importante anotar que o relatório inicia com pedido de busca no dia 24 de abril deste ano. Não me parece ser muito ao acaso essa data. Sabe-se, bastando folhear os periódicos do dia 24 de abril deste ano, e portanto não era ainda Ministro da Justiça o Dr. André Mendonça. (PLENO, 2020).

Porém, se Moro já havia cortado relações com o governo em 24 de abril e se Libório foi nomeado pelo novo Ministro da Justiça em 07 de maio, quem

teria, então, ordenado a realização do relatório? Essa resposta não é dada por nenhum dos votos e esse artigo também não será capaz de responder, pelo próprio sigilo dado ao assunto.

Importa mencionar, porém, que Moro afirmou desconhecer o conteúdo do relatório e não ordenou sua confecção (TAJRA; AMORIM; REZENDE, 2020). E mais: dois dias antes da exoneração do ex-juiz do cargo de Ministro, durante a reunião fatídica de 22 de abril o Presidente Jair Bolsonaro criticou a atuação da Polícia Federal por não lhe repassar as investigações em andamento e disse possuir seu próprio sistema de informações para manter-se por dentro de tudo:

> E eu tenho o poder e vou interferir em todos os ministérios, sem exceção. Nos bancos eu falo com o Paulo Guedes, se tiver que interferir. Nunca tive problema com ele, zero problema com Paulo Guedes. Agora os demais, vou! [...] Eu não posso ser surpreendido com notícias. Pô, eu tenho a PF que não me dá informações! Eu tenho as inteligências das Forças Armadas que não tenho informações. ABIN tem os seus problemas, tenho algumas informações. Só não tenho mais porque tá faltando, realmente, temos problemas, pô! Aparelhamento etc. Mas a gente num pode viver sem informação. [...] E me desculpe, o serviço de informações nosso, todos, é uma ... são uma vergonha, uma vergonha! Que eu não sou informado! E não dá pra trabalhar assim. Fica difícil. Por isso, vou interferir! (nesse momento, o presidente Bolsonaro dirige seu olhar para o local onde está sentado o então ministro Sérgio Moro) E ponto final, pô! Não é ameaça, não é uma ... extrapolação da minha parte. É uma verdade. Como eu falei, né? Dei os ministérios pros senhores. O poder de veto. Mudou agora. Tem que mudar, pô. [...] Sistemas de informações: o meu funciona. O meu particular funciona. Os ofi... que tem oficialmente, desinforma. E voltando ao ... ao tema: prefiro não ter informação do que ser desinformado por sistema de informações que eu tenho. [...] Já tentei trocar gente da segurança nossa no Rio de Janeiro, oficialmente, e não consegui! E isso acabou. Eu não vou esperar foder a minha família toda, de sacanagem, ou amigos meus, porque eu não posso trocar alguém da segurança na ponta da linha que pertence a estrutura nossa. Vai trocar! Se não puder trocar, troca o chefe dele! Não pode trocar o chefe dele? Troca o ministro! E ponto final! Não estamos aqui pra brincadeira. (EM REUNIÃO..., 2020).

## 4.4 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Acompanhando o voto da Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou a má qualidade dos relatórios e frisou que André Mendonça

"não teve qualquer ligação com esses eventos porque os fatos seriam anteriores, sequer, à sua própria designação" (PLENO, 2020). Para o Ministro Barroso, os produtos da atividade de inteligência costumam ser tentadores aos interesses próprios, mas a atividade de inteligência, por ser uma atividade de Estado e não de governo, deve se afastar dessa tentação. Afirmou, ainda, que:

> [...] esse tipo de monitoramento para saber o que fazem eventuais adversários desse grupo antifascista é completamente incompatível com a democracia, a menos que se tivesse qualquer elemento para supor que eles tramavam contra o Estado ou tramavam contra as instituições democráticas. Mas se a preocupação fosse verdadeiramente essa, talvez fosse o caso de se monitorar os grupos fascistas, e não os grupos antifascistas. (PLENO, 2020).

## 4.5 Voto da Ministra Rosa Weber

Sustentou haver grave desvio de finalidade da administração pública pelo fato de que o aparato institucional da atividade de inteligência havia sido utilizado "com a finalidade de dissimular a produção de material viciado tanto no seu conteúdo, por violar direitos e garantias fundamentais, quanto na sua motivação, ao expressar intolerável confusão entre o interesse público do Estado e interesses políticos de feição privada" (PLENO, 2020). Mencionou que:

> A atividade de inteligência deve ter em mira condutas objetivas ou comportamentos específicos, potencialmente atentatórios à segurança pública, às instituições democráticas e aos direitos fundamentais. Quando se volta essa atividade contra pessoas apenas em razão do que pensam, ausente qualquer base material justificadora da atividade, desvia-se da finalidade que a legitima e traduz verdadeira violência. [...] Não visualizo esse interesse legítimo, porém, quando invocada a atividade de inteligência para acobertar o que só pode ser descrito, na melhor das hipóteses, como bisbilhotice; na pior, como perseguição político-ideológica. Há ausência de fato ou evento específico que lhe confira lastro justificador. (PLENO, 2020).

Assim, a Ministra Weber seguiu o posicionamento da Ministra Relatora para deferir a medida cautelar de sorte a causar a suspensão da produção ou compartilhamento, pelo MJSP, de informações pessoais e políticas dos cidadãos membros do movimento político antifascista e outros que desejem exercer livremente seus direitos fundamentais nos limites da legalidade.

## 4.6 Voto do Ministro Luiz Fux

Além de ressaltar a "total isenção do ministro André Mendonça que não foi o artífice desse documento que tem a denominação do relatório de inteligência" (PLENO, 2020), o Ministro Luiz Fux, em voto bastante breve, chamou o documento de "relatório de bisbilhotagem" e afirmou pouco importar o nome que a ele se dava ou o seu conteúdo, sendo problemático o procedimento que através dele foi adotado. Para o Ministro, "o que se contém nesse documento são fatos impassíveis de serem categorizados como fatos objetos de relatório de inteligência. Devia se denominar um relatório de desinteligência" (PLENO, 2020).

## 4.7 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro também foi bastante conciso em seu voto, direcionando-o no mesmo sentido do voto da Ministra Relatora e, além de confirmar a existência dos relatórios, aduziu que:

> O que não se admite [...] é que num Estado Democrático de Direito se elabore dossiê sobre cidadão dos quais constem informações quanto as suas preferências ideológicas, políticas, religiosas, culturais, artísticas, ou inclusive, especialmente de caráter afetivo. (PLENO, 2020).

## 4.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Fazendo coro ao Ministro Fachin, o Ministro Gilmar Mendes também pontuou que os relatórios teriam se iniciado em 24 de abril de 2020, quando ainda era responsável pelo MJSP o ex-juiz Sérgio Moro. Anuindo com o voto da Relatora, considerou desacertada e arriscada a atuação da Seopi por não proteger o Estado fundamentadamente, e sim aparelhar-se para limitar direitos fundamentais em razão da oposição do grupo monitorado ao governo vigente:

> Os dossiês impugnados na apresentação não teriam sido apresentados em virtude do risco ou da atuação preventiva da Seopi para evitar a ocorrência de eventuais atos criminosos ou terroristas, mas sim em virtude do exercício da liberdade de expressão pura e simples, e de crítica das pessoas monitoradas, o que é incompatível com o regime de proteção às liberdades constitucionalmente estabelecidas. [...] o Ministério da Justiça e Segurança Pública não apresentou qualquer justificativa plausível para a produção de relatórios sobre os integrantes do movimento antifascista, [...] não identificando, contudo, de que forma os indivíduos monitorados representariam riscos para o

> Estado ou para a sociedade, nem o real motivo que deu origem à produção de relatório contendo dados pessoais, fotografias e endereços das redes sociais dos integrantes do movimento. (PLENO, 2020).

## 4.9 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio foi o único a proferir voto dissonante. Durante o julgamento, o Ministro inicialmente afirmou não ter lido inteiramente os documentos colacionados ao feito pelo MJSP por não ter dominado o acesso "complicadíssimo" do cadastro e por ter considerado a tarefa "enfadonha", mas inerente ao seu ofício (PLENO, 2020)[12]. Ele também informou que a documentação não fazia menção apenas aos movimentos contrários ao governo atual, mas também aos movimentos favoráveis, citando, nesse sentir, a pessoa de Sara Winter.

Embora seu voto tenha sido longo, não apresentou claramente argumentos jurídicos que exaurem a problemática acerca da criação de um "dossiê" que atenta, sobretudo, contra a própria Constituição. De toda sorte, o Ministro manifestou-se pela inadequação da ADPF com consequente extinção do feito sem a apreciação do mérito da matéria, pois o pedido inicial estaria fundamentado exclusivamente em informações trazidas pela imprensa, o que, a seu ver, era insuficiente para respaldar o ajuizamento da referida ação:

> Bases da peça: capacidade intuitiva...a partir do quê?, estampado em jornais e revistas. É suficiente para ter-se o ajuizamento desta ação, como eu disse, nobre, que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental? A meu ver, não. Fonte única, vamos frisar bem... base única desta ação, do pedido formulado nesta ação, já acolhido pela massacrante maioria do Tribunal, é versado pela imprensa. É pouco, Presidente, sob o meu olhar, é muito pouco, para respaldar o

[12] "Presidente, como integrante do Supremo, só tive acesso ao cadastro do Ministério da Justiça mediante CD que me veio, em envelope lacrado e com uma senha complicadíssima em termos de caracteres, que tive dificuldade para lançá-lo, e só consegui inseri-la no meu laptop mediante um sistema de cola computacional, para conhecer como conheci. Não tive tempo, de ontem para hoje, de ver e dominar todo o cadastro, conhecer as diretrizes que visam esse mesmo cadastro. (...) Presidente, recebi o tal cadastro, cadastro do Ministério da Justiça, e devo reconhecer ele realmente é volumoso, tive acesso, mas não pude ler as centenas, milhares de folhas contidas no CD que me foi encaminhado (...). O cadastro do Ministério da Justiça, abri, Presidente, e imprimi algumas páginas, porque eu não gosto de ler nada na telinha, e algumas pastas desse cadastro, a tarefa para mim foi enfadonha, mas tive que implementá-la, como eu disse, por dever de ofício." (PLENO, 2020).

> uso, o manuseio, o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (PLENO, 2020).

## 4.10 Voto do Ministro Dias Toffoli

Último a proferir voto, em manifestação curta, porém direta, trouxe elogios ao atual Ministro da Justiça André Mendonça, por ter atuado com a devida transparência em relação ao STF, atendendo tempestivamente as requisições do Judiciário, e mencionou que os fatos se iniciaram quando Mendonça ainda não estava à frente da pasta. Asseverou que do mesmo modo que é necessária a existência de um sistema de inteligência, também se mostra imperiosa a colocação de limites à sua atuação, preservando-se os direitos fundamentais. E constou:

> Há muitas pessoas que às vezes aparecem na imprensa bem na foto, mas são péssimas na vida pública, e nas vidas que elas têm, criando fundos para administrarem, criando inimigos políticos para depois serem candidatos, e afastando as pessoas da vida pública e querendo galgar depois eleições futuras. Eu já disse isso e eu não preciso repetir, para bom entendedor meia palavra basta. (PLENO, 2020).

Logo, por 9 votos a 1, o STF conheceu da ADPF e, em medida cautelar, determinou a suspensão de todo e qualquer ato proveniente do MJSP, inclusive de seus órgãos internos, referente à produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, escolhas políticas e pessoais, práticas cívicas de cidadãos no geral que, atuando dentro da lei, venham a exercer direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de reunião e de associação.

## 5 CONCLUSÕES E INCONCLUSÕES: OS PROBLEMAS QUE DESPONTAM DO TODO

Toda a história é bastante confusa e dela não é possível extrair a verdade completa do que foi apresentado. A certeza que se tem, pelos votos dos Ministros do STF, é que em algum momento do primeiro semestre de 2020 o serviço de inteligência produziu, não se sabe a mando de quem nem a qual propósito, relatórios sobre cidadãos manifestamente contrários ao governo atual, indicando nesses documentos vários dados pessoais de tais indivíduos. Para os fins a que se presta esse trabalho, pouco importa se o serviço de inteligência produziu relatórios de alta ou baixa qualidade e se deu a eles o nome de "dossiê", "relatório" ou qualquer outro.

O que preocupa é o fato inegável de que um órgão estatal de atuação séria e periclitante foi utilizado para coletar informações íntimas de pessoas que não se aparelham à ideologia do governo atual, não havendo indícios de que esses indivíduos tenham atentado ou ameaçado atentar contra o Estado, a ordem pública ou a sociedade brasileira, capaz de justificar o acionamento do serviço de inteligência. Ao que tudo indica, a "fofocaiada", o "dossiê da bisbilhotice", o "relatório de desinteligência" buscava conhecer os opositores políticos do governo. A razão de ser de tal atuação não se conhece, mas muito se suspeita, em especial diante das declarações bolsonaristas que demonstravam seu interesse em intervir no sistema de inteligência, conforme já exposto, inclusive se valendo de meios escusos e espúrios para tanto.

Causa maior apreensão, ainda, o fato de que isso não foi devidamente divulgado nas grandes mídias, nem objeto de conversas entre os cidadãos, e dificilmente foi trazido à baila na academia, um dos poucos locais que continua resistindo, a duras penas, contra o autoritarismo. Uma pesquisa[13] nos portais de periódicos da Capes, Scielo, Google Acadêmico e outros repositórios restou infrutífera: até a data de depósito desse artigo (25 de outubro de 2020), nenhum trabalho acadêmico fora publicado a respeito desse assunto. Importa ressaltar que professores universitários foram "fichados" pela Seopi e tiveram seus dados espalhados nas mãos da Polícia Federal, do Centro de Inteligência do Exército, da Casa Civil da Presidência da República, da Abin, da Força Nacional e de outros centros de inteligência vinculados à Seopi, como se esses professores universitários fossem terroristas simplesmente por defenderem um diálogo de ideias contrárias ao governo dentro da própria academia[14]. E a comunidade se comporta como se nada houvesse acontecido – talvez por desconhecimento, talvez por conformismo com mais um ato antidemocrático de um governo autoritário.

Isso tudo gera sincera inquietude porque, num contexto de Brasil redemocratizado em 1988, "a revolução autoritária não será promulgada. Nem sairá no Diário Oficial" (MENDES, 2020a): ela acontece por meio desses atos inicialmente simples, singelos, que aos poucos vão se aglutinando até que é chegada uma ruptura com a democracia que não se consegue sequer

[13] Palavras-chave utilizadas: Ministério da Justiça; antifascismo; André Mendonça; Sérgio Moro; Bolsonaro; ADPF 722, arguição de descumprimento de preceito fundamental; dossiê, Seopi.

[14] Em total oposição ao que defende Kelsen em seu longo ensaio sobre a democracia. Segundo o autor, "[...] um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos." (KELSEN, 1993, p. 202).

perceber quando, de fato, esse momento aconteceu, ao argumento de uma pretensa crise na democracia pautada pela sua ingovernabilidade, na "incapacidade dos governos democráticos de dominarem convenientemente os conflitos de uma sociedade complexa" (BOBBIO, 1995, p. 92) que estariam a sugerir soluções autoritárias. Quer dizer: "uma democracia pode entrar em colapso mesmo sem golpes formais se seus princípios forem de fato violados ou contestados, sem que suas violações provoquem rebelião ou pelo menos dissidência" (FERRAJOLI, 2011, p. VIII) (tradução nossa)[15].

O que se observa, para além de todos os indicares mencionados por Levitsky e Ziblatt (2018, pp. 31-34) quanto a governos autoritários que encorajam e toleram o uso da violência, rejeitam as regras democráticas, negam legitimidade de oponentes políticos e buscam restringir as liberdades civis de oponentes, é que a utilização do serviço de inteligência para embasar perseguições políticas (que, em tese, só foram evitadas pela intervenção da imprensa livre) não é apenas um desvio da finalidade da instituição. É muito mais que isso: é um ato que viola as próprias regras do jogo da democracia, porque além de atuar com forças desiguais contra os oponentes políticos (que não detêm o mesmo aparato estatal de inteligência), acaba por polarizar as divergências partidárias num contexto de "nós" contra "eles", em que "nós" representa o lado bom e "eles" representa o lado inimigo. Chamar de terrorista aquele que é contrário ao fascismo não é só uma impropriedade técnica pelo uso desacertado da expressão, como acaba por criar um ambiente de guerra entre discussões necessárias para a própria existência da democracia. E são várias as atuações que apontam para o autoritarismo brasileiro:

> [...] a seleção de um passado mítico e glorioso; a criação de um anti-intelectualismo e um antijornalismo de base; um retorno à sociedade patriarcal de maneira a elevar conceitos como hierarquia e ordem; o uso da polícia do Estado ou, se necessário, de milícias para reprimir bandidos mas também desafetos políticos; uma verdadeira histeria sexual que acusa mulheres, gays, travestis e outras minorias de serem responsáveis pela degeneração moral de suas nações; um apelo à própria vitimização (a sua e de seus aliados), conclamando a população a reagir aos supostos algozes de outrora; o incentivo à polarização que divide a população entre "eles" e "nós", estabelecendo que "nós" somos os realizadores e "eles" os usurpadores; o uso extensivo da propaganda política que não preza a realidade pois prefere inventá-la; a naturalização de certos grupos nacionais e a consequente ojeriza

[15] "*una democrazia può crollare anche senza formali colpi di Stato se i suoi principi sono di fatto violati o contestati, senza che le loro violazioni suscitino ribellione o almeno dissenso*" (FERRAJOLI, 2011, p. VIII).

> aos imigrantes, logo transformados em estrangeiros; a manipulação do Estado, de suas instituições e leis, visando perpetuar o controle da máquina e garantir um retorno nostálgico aos valores da terra, da família e das tradições, como se estes fossem sentimentos puros, imutáveis e resguardados. Se foi essa a argamassa dos governos nazifascistas dos anos 1930 e 1940, que inventaram para si um passado mítico como forma de justificar seu presente, ela tem funcionado também como paradigma de uma série de líderes políticos contemporâneos, para cuja definição ainda carecemos de nome preciso ou expressão específica. (SCHWARCZ, 2019, pp. 226-227).

Em seu longo ensaio sobre a democracia, Kelsen pontua que ela garante os caros valores da liberdade e da igualdade e, assim, necessariamente deve ser racional. Ou seja: o modo como o Estado se manifesta deve ser dotado de um caráter racionalista para garantir segurança jurídica aos cidadãos. Isso não ocorre com a autocracia, que tende a afastar qualquer determinação dos atos do Estado por normas gerais preestabelecidas que impliquem restrição do poder autocrático do governante (KELSEN, 1993, p. 185). Logo, na democracia a segurança jurídica se manifesta pela legalidade, pela aversão às forças irracionais humanas, pelo controle e pela previsibilidade dos atos estatais, o que ocorre por meio da publicização das suas funções:

> Pelo fato de assegurar a paz interna, esse tipo de governo é preferido pelo tipo de caráter não-agressivo e amante da paz. Portanto, a liberdade religiosa, a liberdade de opinião e de imprensa pertencem à essência da democracia; a ela pertence, acima de tudo, a liberdade da ciência, baseada na crença na possibilidade de conhecimento objetivo. [...] A ideia de liberdade, que se encontra na base do liberalismo político, não implica apenas o postulado de que o comportamento externo do indivíduo em relação aos outros indivíduos esteja submetido – até o ponto em que isso é possível – à sua própria vontade e, caso submetido à vontade do Estado, só pode tratar-se de uma vontade de cujo estabelecimento sua própria vontade participe, mas também implica o postulado de que o comportamento interno do indivíduo, seu pensamento, só estará submetido à sua própria razão e não a uma autoridade transcendental existente, ou supostamente existente, além da sua razão, uma autoridade da qual sua razão não participa pelo fato de a mesma não ser acessível a sua razão. O liberalismo inerente à democracia moderna não significa apenas autonomia política do indivíduo, mas também autonomia intelectual, autonomia da razão, que é a essência do racionalismo. (KELSEN, 1993, pp. 183-184).

É acertada, portanto, a decisão proveniente do STF, ainda que em sede cautelar, para obstar a continuidade das "investigações" do MJSP que estavam sendo realizadas em desfavor dos opositores do governo atual, em flagrante violação à finalidade das atividades de inteligência e em total desrespeito aos direitos a liberdade de expressão, associação, reunião, intimidade, vida privada e honra dos "investigados".

> Ao capturar os árbitros, comprando ou enfraquecendo oponentes e reescrevendo as regras do jogo, líderes eleitos podem estabelecer uma vantagem decisiva – e permanente – sobre seus oponentes. Como essas medidas são levadas acabo gradativamente e com aparência de legalidade, a deriva para o autoritarismo nem sempre dispara as sirenes de alarme. Os cidadãos muitas vezes demoram a compreender que sua democracia está sendo desmantelada – mesmo que isso esteja acontecendo bem debaixo do seu nariz. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 94).

Ficam, no entanto, as dúvidas: quem deu início a tais atos? Com que razão? A mando de quem? E, levando-se em conta o histórico do governo e sua evidente inclinação em tentar eliminar a oposição política, quantas outras condutas de "intervenção" existentes ainda não vieram à luz e, ainda que denunciadas, sequer serão motivo de repúdio?

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 1.reimp. São Paulo:Editora Brasiliense, 1995.

BOLSONARO condena antifascismo após ir a protesto contra STF. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna_politica,1152437/bolsonaro-condena-antifascismo-apos-ir-a-protesto-contra-stf.shtml>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BOVERO, Michelangelo. ¿Crepúsculo de la democracia?. *In*: BOVERO, Michelangelo; PAZÉ, Valentina. **La democracia en nueve lecciones**. Madri: Trotta, 2014, pp. 15-27.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: 05 out. 1988. [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.662, de 1º de janeiro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9662.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 722**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5967354>. Último acesso em: 19 out. 2020.

EM REUNIÃO, Bolsonaro diz que tem 'sistema particular' de informações que funciona e que o sistema oficial desinforma. **Portal G1**, [*S. l.*], 22 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/em-reuniao-bolsonaro-diz-que-tem-sistema-particular-de-informacoes-que-funciona-e-que-o-sistema-oficial-desinforma.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Poteri selvaggi**: la crisi della democrazia italiana. Laterza: Roma-Bari, 2011.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública repudia dossiê elaborado pelo Ministério da Justiça. **Comunidade em Movimento BH**, Belo Horizonte, 25 jul. 2020. Disponível em: <https://comunidadeemmovimentobh.com.br/forum-brasileiro-de-seguranca-publica-repudia-dossie-elaborado-pelo-ministerio-da-justica/>. Acesso em: 03 ago. 2020.

GOMES, Pedro H.; SANTANA, Vitor; HONORATO, Raquel. Bolsonaro chama manifestantes pró-democracia de 'marginais, terroristas, desocupados e maconheiros'. **Portal G1**, Águas Lindas, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/05/bolsonaro-chama-manifestantes-pro-democracia-de-marginais-terroristas-desocupados-e-maconheiros.ghtml>. Acesso em: 02 ago. 2020.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em: 01 jun. 2020.

MATOS, Vitor *et al*. Ex-juiz Sergio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro. **Portal G1**, Brasília, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao-do-ministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 03 set. 2020.

MAZUI, Guilherme. "Jamais eu entregaria meu celular", afirma Bolsonaro sobre pedido de partidos ao STF. **Portal G1**, Brasília, 22 mai. 2020a. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/jamais-eu-entregaria-meu-celular-afirma-bolsonaro-sobre-pedido-de-partidos-ao-stf.ghtml>. Acesso em: 02 ago. 2020.

MAZUI, Guilherme. Heleno: eventual apreensão de celular de Bolsonaro pode ter 'consequências imprevisíveis' para estabilidade do país. **Portal G1**, Brasília, 22 mai. 2020b. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/heleno-apreensao-de-celular-de-bolsonaro-teria-consequencias-imprevisiveis-para-a-estabilidade-nacional.ghtml>. Acesso em: 02 ago. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. A Constituição é antifascista, Mendonça não. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 jul. 2020 [2020b]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/07/a-constituicao-e-antifascista-mendonca-nao.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. A democracia não é para sempre, e a revolução autoritária não será promulgada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 22 abr. 2020 [2020a]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/04/a-democracia-nao-e-para-sempre-e-a-revolucao-autoritaria-nao-sera-promulgada.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). **Nota à imprensa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/nota-de-esclarecimento-7>. Acesso em: 03 ago. 2020.

MINISTÉRIO da Justiça monitorou 579 opositores do governo Bolsonaro, diz site. **Portal G1**, Brasília, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/30/ministerio-da-justica-monitorou-579-opositores-de-bolsonaro-diz-site.ghtml>. Acesso em: 03 ago. 2020.

**PLENO - Dossiê do Ministério da Justiça contra antifascistas**. Brasília: STF, 20 ago. 2020. 1 vídeo (184 min). Publicado por STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://youtu.be/5btTweF4_K4>. Último acesso em: 04 set. 2020.

**PLENO - Proibição de dossiês sobre antifascistas do Ministério da Justiça (1/2)**. Brasília: STF, 21 ago. 2020. 1 vídeo (99 min). Publicado por STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://youtu.be/qcYVO3I-bSQ>. Último acesso em: 04 set. 2020.

**PLENO - Proibição de dossiês sobre antifascistas do Ministério da Justiça (2/2)**. Brasília: STF, 21 ago. 2020. 1 vídeo (84 min). Publicado por STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=abb9tYx7h8A>. Último acesso em: 04 set. 2020.

POLICIAIS antifascistas comparam dossiê do governo a práticas da ditadura. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/07/30/interna_politica,1171679/policiais-antifascistas-comparam-dossie-do-governo-a-praticas-da-ditad.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2020.

PUTTI, Alexandre. Em manifesto, policiais apoiam movimento antifascista contra Bolsonaro. **Carta Capital**, [*S. l.*], 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/em-manifesto-policiais-apoiam-movimento-antifascista-contra-bolsonaro/>. Acesso em: 02 ago. 2020.

REDE contesta investigação sigilosa do Ministério da Justiça contra servidores antifascistas. **Notícias STF**, Brasília, 27 jul. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448302&tip=UN>. Acesso em: 03 ago. 2020.

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

TAJRA, Alex; AMORIM, Felipe; REZENDE, Constança. Ministros do STF: produção sobre 'antifas' começou no dia da saída de Moro. **Portal UOL**, São Paulo e Brasília, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/08/20/dossie-comecou-a-ser-elaborado-no-dia-da-saida-de-moro-dizem-ministros.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

TORRES, Raquel. O dossiê do governo que mira policiais e professores antifascistas. **Outras Palavras**, [*S. l.*], 27 jul. 2020. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasaude/o-dossie-do-governo-que-mira-policiais-e-professores-antifascistas/>. Acesso em: 03 ago. 2020.

VALENTE, Rubens. Ação sigilosa do governo mira professores e policiais antifascistas. **Portal UOL**, [*S. l.*], 24 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

VEJA AS principais frases do presidente Jair Bolsonaro durante reunião ministerial que teve gravação divulgada pelo STF. **Portal G1**, Brasília, 22 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/veja-as-principais-frases-do-presidente-jair-bolsonaro-durante-reuniao-ministerial-que-teve-gravacao-divulgada-pelo-stf.ghtml>. Acesso em: 03 set. 2020.

# O *WHISTLEBLOWING* COMO INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO À CORRUPÇÃO ENDÊMICA

# *WHISTLEBLOWING* AS AN INSTRUMENT FOR ENDEMIC CORRUPTION MITIGATION

Mateus Vaz e Greco[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo a exposição da figura jurídica do *Whistleblower*, introduzida ao ordenamento legislativo brasileiro a partir da Lei 13.964/19, como um significativo ator na construção de um ambiente político cada vez mais democrático e um cenário público com maior transparência e probidade. Após revisão bibliográfica e análise teórico sobre o fenômeno da corrupção no Brasil, pretendeu-se analisar, por meio da exposição exemplificativa de alguns casos de práticas de atos de corrupção e gestão fraudulenta de recursos públicos durante a pandemia por COVID-19, o *whistleblowing* (o ato de denunciar determinada conduta ilícita que atente contra a Administração Pública), como um possível ferramenta de importância na construção de um ambiente público mais ético e eficaz. Por fim, examinou-se a figura do *Whistleblower* pela perspectiva de determinados princípios democráticos, estes elencados por (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018), concluindo-se pela sua consolidação como um ator de importância na edificação de uma Democracia cada vez mais participativa.

**Palavras-chave:** Corrupção. Democracia. *Whistleblower.*

**ABSTRACT:** Through this work, seeks to demonstrate the *Whistleblower*, recently introduced in Brazil by Act 13.964/19, as a significant figure of the democratic public cenarium. Through a bibliographic review, bringing theory concepts, was intended to analyze examples of public frauds occurred on pandemic times, seeking to demonstrate that *whistleblowing* (the act of denounce crimes and irregularities practices against Public Administration), as an important tool for a safer public cenarium construction. In the end, the *Whistleblower* figure was examined by democractic principles perspective,

[1] Advogado, Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas, Bolsista CAPES. vazegreco@gmail.com

established by (LEVITSKY and ZIBLATT, 2018), concluding by your importance as an actor for a more participative and horizontal Democracy.

**Keywords:** Corruption. Democracy. *Whistleblower*.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a corrupção faz parte do cenário político, social e econômico brasileiro, tendo em vista a recorrência com que casos de gestão política fraudulenta são veiculados pelos meios de comunicação. Para além de uma percepção empírica, é possível constatar essa realidade a partir de estudos e levantamentos realizados por instituições nacionais e internacionais destinadas a análise deste campo.

Por si só a constatação de que o Brasil é um país que apresenta altos índices de corrupção não se consubstancia-se em uma novidade, mas o reconhecimento de tal realidade, invariavelmente, significa um primeira etapa referente ao enfrentamento da problemática.

Assim, partindo de uma exposição conceitual do fenômeno da corrupção no Brasil, por meio de autores como (SCHWARCZ, 2019), (SOUZA, 2009) e (FILGUEIRAS, 2009) pretende-se uma breve explanação da abrangência do problema e de suas origens estruturais. Após, partindo-se desta revisão bibliográfica, parte-se para uma análise de ordem quantitativa, valendo-se de índices e estudos divulgados, recentemente, que tratam a respeito de corrupção e da condição do Estado brasileiro no cenário internacional.

Em continuidade, pretendeu-se demonstrar, brevemente, que esta negativa tradição de prática reiterada de atos corruptivos se reprisou durante o período da pandemia por COVID-19, expondo, a título exemplificativo, três situações de gestão fraudulenta por parte do Poder Público Brasileiro.

Estes exemplos foram trazidos com o intuito de demonstração de hipóteses em que a aplicabilidade do instituto do *Whistleblower* seria possível, e caso fosse implementada da maneira correta, poderia vir a representar a Administração Pública uma resposta mais eficaz e menos prejudicial ao erário.

Assim feito o recorte do presente estudo, tem-se como objetivo a apresentação da figura do *Whistleblower,* introduzida a partir da Lei 13.964/19, como um importante ator no cenário do funcionalismo público e político, podendo vir a significar um considerável avanço democrático com repercussão dupla: maior participação popular no ambiente público e mitigação de riscos de corrupção e práticas ilícitas.

Ao fim, apresenta-se o *whistleblowing* como uma prática de especial importância para um Estado Democrático, demonstrando a sua compatibilização

com os requisitos trazidos por (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018) para a saúde da Democracia.

## 2 O CARÁTER ENDÊMICO DA CORRUPÇÃO BRASILEIRA

A incorporação de um termo de ordem científico-biológica, "endêmico", a um tema afeto a seara político-social, a princípio pode ser tida com estranheza, mas é feita justamente pela concepção semântica do termo "endemia".

Se para caracterizar-se uma *epidemia* atenta-se à rápida difusão de um vírus, ou ao significativo crescimento de uma doença em escala global, quando se fala em *endemia*, volve-se a análise à determinada região, ou seja, ao fato de uma doença se disseminar especificamente em um país, ser peculiar a determinado povo.

De certo que brasileiros não inventaram a corrupção, não se tratando de um traço de peculiaridade única e exclusiva, tampouco são os únicos a praticar atos corruptivos, sendo que tal concepção compõe um imaginário coletivo que Jessé de Souza denominou "a construção do mito da brasilidade" (SOUZA, 2009, p.29).

Mas, não é possível negar o fato de que o Brasil ocupa o lugar de uma das nações mais corruptas no mundo.

O cidadão brasileiro é bombardeado, diariamente, pelos veículos de mídia com contínuos e sucessivos escândalos de corrupção, que variam desde fraudes a procedimentos licitatórios, passando por contratações públicas irregulares e superfaturadas, chegando até a compra de votos de parlamentares por membros do Poder Executivo.

Na atual realidade do cenário brasileiro, política parece ter se vinculado demasiadamente com Direito Penal, não por outro motivo que Alexandre Morais da Rosa, com humor, pontua que "delação premiada virou assunto de churrasco" (ROSA, 2018). Nesta esteira confirma (FILGUEIRAS, 2009):

> Quando se abre o jornal, no Brasil, é raro não nos defrontarmos com escândalos no mundo político. Casos de malversação de recursos públicos, uso indevido da máquina administrativa, redes de clientelas e tantas outras mazelas configuram uma sensação de mal-estar coletivo, em que sempre olhamos de modo muito cético os rumos que a política, no Brasil, tem tomado. Criam-se, dessa forma, um clamor moral e um clima de caça às bruxas que geram instabilidade e um muro de lamentações e barreiras a projetos de políticas públicas. Contudo, apesar dessa sucessão de escândalos no Brasil, existe uma sensação de impotência por parte da sociedade; a corrupção é

> tolerada e os cidadãos ficam apenas aguardando qual será o próximo escândalo que circulará nos jornais. (2009, p.01)

A corrupção incorporou o discurso do cidadão, mesmo aquele que antes não se inteirava do assunto nem por "pitaco". O combate a esse "mal" passou a compor o caldo cultural, tornando-se padrão uníssono em discursos políticos. A "caça às bruxas" se tornou pauta principal da grande maioria dos políticos, tanto no período eleitoral quanto fora dele.

De certo que o mau trato dos recursos públicos é causa de diversos outros transtornos sociais e consequência de uma velha prática, o patrimonialismo, a respeito nos elucida (SCHWARCZ, 2019):

> Se o patrimonialismo é o primeiro inimigo da República, o segundo principal adversário atende pelo nome de corrupção. Trata-se de uma prática que degrada a confiança que temos uns nos outros e desagrega o espaço público, desviando recursos e direitos dos cidadãos. Não por coincidência, ela se encontra, muitas vezes, associada ao mau trato do dinheiro público, ocasionando o descontrole das políticas governamentais. (SCHWARCZ, 2019, p.88)

Trazendo o caráter fulcral que a corrupção passou ocupar no Brasil, a autora ainda nos ilustra com um exemplo. O próprio termo "propina", hoje relacionado a oferecer recurso a alguém ou a alguma instituição de forma ilícita, significava, em Portugal no final do século XVIII, o costume de retirar um exemplar de cada edição de livro nacional para que ficasse guardado na Biblioteca Pública. (SCHWARCZ, 2019, p.89).

Também, indo ao encontro do que Jessé de Souza afirma em sua obra, que a corrupção não é característica exclusiva ao brasileiro, a autora traz: *"O certo é que a corrupção, seja lá o nome, expressão ou forma que recebesse, ou que a prática amparasse, a despeito de não ser uma exclusividade brasileira, sempre esteve presente na história nacional."* (SCHWARCZ, 2019, p.83). No mesmo sentido, acrescenta (MATIAS-PEREIRA, 2002):

> É preciso assinalar que, as práticas de corrupção não são privativas dos países em desenvolvimento, também se encontram arraigadas em maior ou menor grau nos países desenvolvidos. A diferença está na origem da corrupção e na dimensão do problema. (2002, p.02)

Observa-se (FAORO, 2020), concordando com (SCHWARCZ, 2019), ao identificar o patrimonialismo como a raiz da problemática da corrupção, atribuindo esta característica ao aos colonizadores ibéricos.

Todavia, apoderar-se do discurso de que a corrupção endêmica, ou seja, àquela disseminada entre a população, naturalizada, quase que "enraizada", é uma característica particular do Estado Brasileiro, não é sequer uma afirmativa verdadeira. Mas reconhecer o Brasil como um país corrupto é o primeiro passo em direção à uma mudança.

De certo que se trata de uma prática arraigada culturalmente, disseminada popularmente como um "jeitinho" e, por vezes, retratada com humor, e justamente pela complexidade do fenômeno, não se tratará do objeto de estudo do presente trabalho a análise da problemática em si, sendo uma análise inviável de ser realizada tão brevemente.

Partindo do caráter estrutural e endêmico da corrupção no Brasil, para além de contínuas promessas eleitorais rasas, é necessário refletir, concretamente, a respeito de possíveis instrumentos de mitigação a estes atos corruptivos. Identificar o caráter endêmico da corrupção, e aceitar sua incorporação cultural, não se transmuta em qualquer avanço. Mas reconhecê-lo compõe-se como o primeiro passo rumo a estruturação de um plano de ação, ou que seja um esboço deste plano.

Para além da percepção no cotidiano brasileiro, quando se parte para uma análise quantitativa, o reconhecimento é o mesmo. A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 2016, publicou um estudo analisando os custos da corrupção no mundo, chegando a conclusão de que este superaria 5% do PIB - Produto Interno Bruto - global.

Os resultados encontrados em estudo anterior realizado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia (DECOMTEC) da FIESP (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) são semelhantes. A pesquisa revelou que, em 2010, o custo médio anual da corrupção do Brasil superaria 2% do PIB.

Esses dados, provavelmente, se atualizados continuariam a trazer resultados desalentadores, tendo em vista que, desde então, importantes escândalos de corrupção foram descobertos, a exemplo da Operação Lava-Jato[23] que prolonga-se desde 2014.

---

[2] Ao longo de mais de cinco anos da operação Lava Jato em Curitiba, chega a R$ 4,069 bilhões o total de valores recuperados por meio de acordos de colaboração premiada, acordos de leniência, termo de ajustamento de conduta (TAC) e renúncias voluntárias de réus ou condenados, já efetivamente restituídos.

[3] A respeito interessante trazer o que André Luis Pontarolli diz sobre: Nos últimos anos a denominada "Operação Lava Jato" tem exposto a corrupção disseminada nos mais variados níveis estatais. É evidente que a corrupção nada tem de contemporânea, ao contrário, possui raízes quase tão antigas quanto o próprio poder. Contudo, os meandros da corrupção no Brasil – aparentemente sistêmica – nunca haviam sido tão evidenciados.

A Transparência Internacional, organização internacional não-governamental referência no controle e na luta contra a corrupção, publicou o Índice de Percepção da Corrupção - IPC - no setor público do mundo, uma avaliação que é feita desde 1995 pela instituição. Em 2019, o Brasil se manteve no pior patamar da série histórica. Em uma escala de 0 a 100, onde 0 é seria o país percebido completamente como corrupto e 100 o país percebido como muito íntegro, o Brasil apresentou a métrica de 35 pontos. Assim, o país caiu para o 106º lugar a nível global.

Nesta toada, não causa surpresa que, quando da análise de contratações públicas e gestão governamental durante a Pandemia por COVID19, encontra-se o resultado esperado. Depara-se, novamente, com o cenário usual, com aquilo que o brasileiro já se acostumou: a prática, em série, de atos de corrupção.

A partir do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), firma-se a dispensabilidade de realização de procedimento licitatório nos casos de emergência ou calamidade pública. Esta previsão legal existe em função da urgência do atendimento que determinadas situações exigem, sendo que a delonga na realização de uma licitação poderia vir comprometer a segurança das pessoas, bens e a própria continuidade de serviços públicos essenciais.

O surgimento de uma nova patologia, Coronavírus - COVID-19, trouxe impactos econômicos a nível global. Impostas à obrigatoriedade de isolamento social, parte da população deixou de exercer suas atividades laborais, estudantes deixaram as escolas, bem como as pessoas se viram impossibilitadas de desenvolver qualquer outra atividade básica que demandasse aglomeração. Além disso, os maiores impactos, em se tratando de uma doença recém descoberta e com rapidez em sua propagação, foram aqueles sentidos na saúde pública. Alcança-se, no momento, a marca global de quase um milhão de mortos, sendo que somente no Brasil este número em muito ultrapassa os cem mil óbitos.

Em meio a este cenário, já perturbador, observou-se, por parte dos gestores públicos administração fraudulenta dos recursos públicos. Exemplo disto foi percebido no estado do Amazonas, em que o governo pagou R$ 2,9 milhões (dois milhões e novecentos mil reais) a uma loja de vinhos por 28 ventiladores pulmonares. O valor unitário de cada equipamento foi superfaturado em 400%. A compra realizada em 08 de abril de 2020, com dispensa de licitação, fora questionada pelo Ministério Público de Contas do Estado.

No Rio de Janeiro fora deflagrada uma operação pelo Ministério Público do estado, em que o ex-subsecretário estadual de Saúde, e outros envolvidos foram presos preventivamente. As investigações indicam que somente no decorrer da pandemia foram gastos, irregularmente, quase R$ 1 bilhão de reais em contratos públicos.

No estado do Rio de Janeiro a situação se tornou tão delicada que o Governador passou a ser alvo de um processo de impeachment pela gestão fraudulenta destas contratações.

No estado de Santa Catarina o cenário se reprisa, investigações apontam que durante a compra de respiradores com dispensa de licitações foram criadas empresas de fachadas, envolvendo delitos como falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Ao que tudo indica foram comprados respiradores de empresas que sequer produziam tal mercadoria.

Os casos aqui retratados confirmam o que os estudos sobre corrupção recentemente publicados concluíram: a corrupção como uma realidade endêmica no Brasil.

Mesmo em meio a uma crise sanitária sem precedentes, a corrupção não deixou de compor o cenário nacional como um problema de alta magnitude. Todavia, em meio a este cenário, de fato desalentador, existe uma nova figura que deve ser observada, e que, apesar de não dever ser posta como uma "âncora da salvação", deve sim ser tida como um dos caminhos possíveis à melhoria deste panorama: o *Whistleblower.*

Em nenhum dos casos elencados se percebeu a atuação do *Whistleblower*, muito provavelmente pela imaturidade do instituto no cenário nacional. Entretanto, em todas as hipóteses elencadas, caso houvessem sido feitas denúncias por *Whistleblowers*, a resposta Estatal a tais irregularidades poderia ser mais ágil e efetiva, e por consequências, os danos causados a Administração Pública seriam mitigados.

## 3 *WHISTLEBLOWING* COMO FERRAMENTA AO AMBIENTE PÚBLICO

figura do *Whistleblower* foi introduzida no ordenamento pátrio pela Lei 13.964/19. A partir desta inovação legislativa, a Lei 13.608/18 passou a contar com a figura denominada *Whistleblower*, conhecida também por "denunciante do bem".

Em tradução literal do inglês significaria "aquele quem assopra o apito", mas ao buscar uma acepção do instituto que melhor se adequasse ao conceito da figura, poder-se-ia dizer em "informante do bem". Como destaca (RAGUÉS I VALLÉS, 2019):

> La palabra inglesa whistleblower se traduce literalmente al español como - el que toca el silbato. La expresión se utiliza para hacer referencia a quienes denunciar un determinado hecho ilícito, según suele afirmarse, por analogía con los antiguos policías ingleses, que hacían sonar su silbato cuando advertían la presencia de un posible delincuente. La palabra no puede traducirse literalmente al español

> y no tiente tampoco un termino castellano equivalente. (...) Por ello, en ocasiones prefiere utilizarse como traducción expresiones mas neutras, como pueden ser denunciante, informador o informante, aunque con las dos ultimas si pierde seguramente el matiz de que la información que se revela esté relacionada con algún tipo de actividad ilícita. (RAGUÉS I VALLÉS, 2013, p.19).

Trata-se de uma figura já instituída em ambientes corporativos, fomentada por práticas relacionadas à Compliance. Em síntese, a lei outorga "a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público".

A partir desta outorga, o informante, sabendo de eventual prática lesiva à Administração Pública, leva esta informação internamente (à ouvidoria da instituição/órgão) ou externamente (diretamente aos órgãos investigativos), podendo ser inclusive recompensado, posteriormente, caso eventuais valores sejam ressarcidos ao patrimônio público.

Assim a lei passou a prever a possibilidade de que qualquer pessoa possa levar ao conhecimento de uma ouvidoria, seja ela em uma estrutura pública ou privada, informações relativas à prática de condutas ilícitas contra a Administração Pública.

Após o tratamento destas informações, averiguando-se possível concretude nas alegações do *Whistleblower*, estas são encaminhadas para apuração das autoridades competentes. A partir destas informações, os órgãos investigativos irão desenvolver a investigação de possível prática ilícita, criminosa ou não, lesiva à Administração Pública.

Assim, pode-se ter o *whistleblowing* como uma nova ferramenta[4] de mitigação à corrupção endêmica.

O gestor público passa a ter que agir em conformidade, não só por obrigação funcional e constitucional, mas acaba se alertando a possibilidade de denunciação por determinada prática ilícita, e, podendo o denunciante ser recompensado financeiramente por suas informações.

Foge-se então de uma concepção corriqueira, de que não se deve deixar que o Estado, autoridades policiais e o Ministério Público, tomem conhecimento do ilícito, passando a uma nova visão. Nesta nova interpretação o próprio indivíduo, e seja ele qualquer cidadão, assume a função de potencial fiscalizador da gestão do patrimônio público. Como destaca (MACEDO, 2018):

[4] Quando se utiliza o termo "ferramenta" refere-se ao ato de denunciar, e não ao denunciante em si, que não deve ser analisado instrumentalmente, e sim como sujeito de direitos.

> Faz-se necessário pensar o instituto do whistleblowing sob a perspectiva penal enquanto ferramenta de prevenção e mecanismos de descobrimento de comportamentos criminosos. Ademais, pensar em práticas delitivas vinculadas não apenas ao ambiente empresarial, como crimes contra o sistema financeiro nacional, contra o consumidor contra o meio ambiente, dentre outros, como também os crimes praticados contra a Administração Pública, crimes de fraude à licitação e crimes de corrupção.(MACEDO, 2018, p.109).

Ao se tratar do tema, *Whistleblower*, percebe-se a seguinte conexão: a estruturação de programas de Compliance como combate à corrupção. De fato, programas de Compliance, se bem implementados, em sendo efetivos, trarão resultado no que diz respeito quanto a práticas anticorruptivas.

Todavia, tais resultados são mais facilmente perceptíveis e de implementação mais facilitada em ambientes corporativos particulares, ao tratar de corrupção que parte do Estado, ou seja, desvio ou mau uso de recursos públicos, o cenário se torna deveras complexo.

O desenvolvimento de programas de Compliance Público no Brasil ainda é incipiente, e muito da atuação pública de fato abarca uma parcela significativa de discricionariedade. Ou seja, a lógica simplista que pode ser utilizada no âmbito privado, como um afastamento ou uma demissão por justa causa, não pode ser aplicada ao âmbito público da mesma maneira.

Funcionários Públicos são investidos no cargo por vias diversas dos particulares, e sobretudo em se tratando de cargos eletivos, aqueles em que o eleito exerce um mandato a partir do sufrágio, observam-se outras questões, como a imunidade parlamentar.

Mas por mais dificultoso que possa ser a implementação de um programa de Compliance público, inclusive por esbarrar em algumas questões de natureza constitucional, a aplicabilidade do *whistleblowing* se mostra como um caminho de percurso possível. Trata-se de uma ferramenta já prevista em lei, que com o devido estímulo e divulgação[5], poderá se operacionalizar de maneira a colher resultados significativos.

Não se pretende aqui advogar em favor do instituto, sem reconhecer suas mazelas, dentre elas, a inexistência de um período de vacatio legis produtivo e conscientizador, a falta de análise orçamentária para a aplicação de ouvidorias em alguns entes federados, sobretudo os municípios, e também questões de cunho ideológico, envolvendo estigmas sociais e uso de termos pejorativos como “caguete”, “x 9” e “dedo-duro”.

[5] Acrescenta-se que o curto período de vacatio legis estipulado acaba por impossibilitar a veiculação informativa e instrucional a respeito da implementação e aplicabilidade do *whistleblowing*..

Faz parte também da mitigação a corrupção endêmica a própria desconstrução desta cultura pejorativa, e preconceituosa, de que supostamente não se deveria delatar ou denunciar seu par, colega de trabalho, ou gestor e que fazê-lo poderia vir a significar um ato de traição.

Para além de conceitos deturpados e morais em relação ao instituto, fato é que o *whistleblowing* se apresenta como uma ferramenta inédita na criação de um ambiente mais ético e probo. Uma cidadania ativa passeia justamente pela observação do próximo como um fiscalizador em potencial.

## 4 O *WHISTLEBLOWER* COMO FIGURA ESSENCIAL AO CENÁRIO DEMOCRÁTICO

Ao fim da obra conjunta entre os autores, (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018) destacam quatro pontos essenciais à Democracia: igualitarismo, civilidade, liberdade e propósito compartilhado (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p.218).

Estes quatro princípios, em conjunto e em pleno funcionamento, indicariam, em abstrato[6], que um regime de Estado pudesse efetivamente ser considerado democrático (e não autocrático).

Partindo da análise dos pontos elencados pelos autores e os contrapondo à figura do *Whistleblower*, acima apresentada como um instituto importante na mitigação da corrupção endêmica, percebe-se que a base principiológica desta figura vai ao encontro dos preceitos básicos e fundamentais exigidos em uma Democracia.

Ponto a ponto, consegue-se estabelecer que o ato do *whistleblowing*, consubstancia-se como uma demonstração clara de uma conduta democrática. Partindo dos pontos destacados por (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018), consegue-se identificar e perceber cada um destes princípios quando do apontamento de determinada conduta ilícita pelo denunciante.

Percebe-se o primeiro ponto destacado pelos autores, o igualitarismo, quando se afirma que qualquer indivíduo possui o direito de denunciar determinada prática ilícita contra a Administração Pública. Pela própria redação do art.4º-A da Lei 13.608/18, acrescido pela Lei 13.964/19, determina-se: "assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público".

[6] A utilização do termo "em abstrato" se deu tendo em vista que se trata de uma síntese a eleição destes quatro traços fundamentais. Vários outros fatores devem ser observados para o diagnóstico do grau democrático de cada regime, como o grau de confiabilidade das instituições, alfabetização e participação nas eleições, o que é feito pelos autores de maneira analítica na obra.

Ora, não há nada mais igualitário, e portanto democrático, que conferir a todos[7] a prerrogativa de denunciação. Em se tratando da Administração Pública, por óbvio, está se tratando de interesses e recursos públicos, e a partir daí, um interesse coletivo de que estes recursos sejam bem geridos em prol de um bem comum. Neste sentido, igualitariamente, estabelece-se à sociedade civil como um todo a prerrogativa de exercerem o *whistleblowing*.

O segundo ponto apontado pelos autores, da civilidade como característica inerente ao cenário democrático, também se compatibiliza com a prática do *Whistleblower*, tendo em vista que a denúncia de determinada prática incorreta, parte da necessidade de observância formal das normas de respeito e convívio social.

Em seguida, o terceiro ponto, identificado como a liberdade, é percebido no momento em que a obrigatoriedade de denunciação é exigida somente de determinados indivíduos, que em razão de sua função ou cargo devem denunciar práticas ilícitas, entretanto, da sociedade civil como um todo, se trata de um ato facultativo.

Aquele que se sentir confortável, partindo de sua própria esfera individual de liberdade, poderá denunciar determinada prática considera ilícita que atente contra o Poder Público. Tal conduta não lhe é imposta ou exigida, tampouco sua omissão em denunciar não é acompanhada de nenhuma sanção, sendo um exercício de sua própria liberdade individual.

O último ponto apontado pelos autores consubstancia-se no propósito compartilhado. Aparentemente, esta é a característica de um cenário democrático que mais compartilha sentido, e função, com a figura do *Whistleblower*.

Justamente pelo propósito compartilhado percebido em um cenário democrático, é que a atuação do denunciante, o *whistleblowing*, se justifica. A partir do momento em que é percebido que o Poder Público nada mais é que uma figura institucional complexa para gerir recursos compartilhados, observa-se que a participação na gerência destes recursos também deve ser compartilhada.

Políticos são eleitos pela atuação compartilhada, e por um propósito compartilhado, da mesma forma que indivíduos investidos em cargos públicos o são para servidão pública, ou seja, oferecidos diretamente a comunidade. O povo tem direitos e deveres para com estes recursos públicos, devendo participar ativamente em sua gestão, e por conseguinte, denunciar os casos de má gestão, ou gestão fraudulenta.

---

[7] Utiliza-se o termos "todos" como referência à sociedade civil, observando que determinadas pessoas, por prerrogativas de função, não podem atuar como denunciantes, tendo por dever funcional, a obrigação legal de denunciar a prática de ilicitudes contra a Administração Pública. A exemplo do artigo 218 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais.

Interessante destacar aqui o significado de "povo" trazido por (MULLER, 2010):

> (...) o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. (...) (MULLER, 2010, p.49)

Portanto, pareando os pontos trazidos por (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018) com o conceito de "povo" apresentado por (MULLER, 2010), é possível considerar que a sociedade civil é destinatária das prescrições do Poder Público, mas, concomitantemente, exerce função ativa para com ela por meio de deveres, direitos e, principalmente, funções de proteção. Neste sentido, conclui-se pela caracterização da função do *Whistleblower*, justamente como a de proteção dos recursos públicos, por consequência, recursos democráticos.

A partir das noções de igualdade, civilidade, igualdade e propósito compartilhado, e observando-se a definição de "povo" apresentada, conclui-se pela essencialidade do *Whistleblower* em um cenário democrático, e o ato de *whistleblowing* como uma importante ferramenta de participação popular e fortalecimento da cidadania.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pretende o presente trabalho firmar a figura do *Whistleblower* como a solução para o problema da corrupção endêmica no Brasil. Trata-se de um problema estrutural de alta complexidade, envolvendo concepções já arraigadas culturalmente e com heranças coloniais. Uma evolução substancial exigiria muito mais do que a instrumentalização de denúncias, mas passaria por educação de qualidade, transparência e reformas de médio e longo prazo, o que somente seriam viáveis por meio de planos de Estado e não de Governo.

Entretanto, ao invés de apenas expor um cenário desalentador e estabelecer as críticas a partir daí, pretendeu-se partir destas críticas para apresentação de uma possível nova ferramenta de mitigação à corrupção de utilização democrática: o *whistleblowing.*

Com o fomento a denunciação por meio de *whistleblowing*, espera-se que os atores do Poder Público se sintam circundados por uma cidadania ativa e fiscalizadora. Também, que estas denúncias sejam encaminhadas para autoridades públicas investigativas capazes de as instrumentalizar de maneira

inteligente, punindo as práticas ilícitas já ocorridas e atuando preventivamente quando a mitigação de demais riscos, evitando assim a desoxigenação da Administração Pública, tanto de sua credibilidade, quanto de seus recursos.

Considera-se, ao fim, que a figura do *Whistleblower* se caracteriza como um ator importante no cenário brasileiro democrático, capaz de auxiliar no rompimento de paradigmas e na construção de uma sociedade civil progressivamente mais igualitária, livre e com um propósito compartilhado.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA INDUSNET FIESP, Custo da Corrupção no Brasil chega a R$ 69 bi por ano, São Paulo, 1 de maio de 2020. Disponível em https://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano/#:~:text=Um%20estudo%20realizado%20pelo%20Departamento,a%20corrup%C3%A7%C3%A3o%20causa%20ao%20Pa%C3%ADs. Acesso em 15/09/2020.

BRASIL, **Lei nº 8.666** de 21 de Junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 09 de novembro de 2020.

BRASIL, **Lei 13.608** de 10 de Janeiro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm. Acesso em 09 de nov. de 2020.

BRASIL. **Lei 13.964** de 24 de Dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 09 de nov. de 2020.

BISPO, Fábio. POTTER, Hyury. Coronavírus: SC aceita propostas forjadas e gasta R$ 33 milhões na compra de respiradores fantasmas. São Paulo, **The Intercept**, 28 de abril de 2020. Disponível em: https://theintercept.com/2020/04/28/sc-proposta-forjada-respiradores-fantasmas/. Acesso em 16/09/2020.

COELHO, Henrique. TORRES, Lívia. Ex-Subsecretário de Saúde do RJ é preso por suspeita de fraude na compra de respiradores. São Paulo, **G1**, 07 de maio de 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/07/mprj-realiza-operacao-nesta-quinta-feira.ghtml. Acesso em 16/09/2020.

COSTA, Flávio. AM compra respiradores "inadequados" em loja de vinho e paga 316% mais caro. São Paulo, **UOL**, 20 de abril de 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/20/amazonas-compra-de-adega-respiradores-inadequados-com-sobrepreco-de-316.htm. Acesso em 16/09/2020.

FAORO, R. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2000.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opin. Pública**, Campinas , v. 15, n. 2, p. 386-421, Nov. 2009.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACEDO, Cássio Rocha de. **Whistleblowing e Direito Penal: uma análise de política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciantes**. 2018. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MATIAS-PEREIRA, José. Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil. In: **CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, 7., 2002, Brasília. Anais... Lisboa: CLAD, 2002. p. 1-22.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DO PARANÁ, **Valor devolvido pela Lava Jato já ultrapassa os R$ 4 bilhões**, Pará, 02 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-pela-lava-jato-ja-ultrapassa-os-r-4-bilhoes. Acesso em 15-09-2020.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** : A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PNUD. **PNUD faz alerta sobre impacto da corrupção no desenvolvimento**, 09 de Dezembro de 2016. Disponível em: https://nacoesunidas.org/corrupcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud/. Acesso em 15/09/2020.

PONTAROLLI, André Luis. Corrupção e a Qualidade da Democracia. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba-PR. Ano XI, n. 19, jul-dez/2018.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **Whistleblowing**: una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REVERBEL, Paula. Advogado critica caça às bruxas na Operação Lava Jato, **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 de Dezembro de 2015. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1716248-advogado-critica-caca-as-bruxas-na-operacao-lava-jato.shtml?origin=folha. Acesso em 16/09/2020.

ROSA, Alexandre Morais da Rosa. Para entender a Delação Premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Emodara, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira**: quem é e como vive; colaboradores: André Grillo ... [et. al]. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Corruption Perception Index 2019**, Brasil, 2019. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em 15/09/2020.

# PANDEMIA DA COVID-19 E DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: (In)constitucionalidade das Mitigações ao Direito à Privacidade em Tempos de Crise Sanitária à luz da Medida Provisória n.º 954/20 e ADI n.º 6.387/DF

# COVID-19 PANDEMIC AND FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: (In)constitutionality of Mitigations to the Right to Privacy in Times of Health Crisis in the light of Provisional Measure n.º 954/20 and ADI n.º 6.387/DF

Rafael Barreto Ramos[1]
Sarah Rêgo Goiatá[2]

**RESUMO:** A crise pandêmica corolário do novo coronavírus, além de significativas restrições à humanidade, tem motivado consideráveis relativizações ao

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Única. Ex-Advogado. Ex-Assessor/Coordenador da 13ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte (Juízo de Tóxicos) do Ministério Público de Minas Gerais. Ex-Oficial do Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: rafaelbr582@gmail.com

[2] Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduanda em Patient Safety pela Johns Hopkins University-Armstrong Institute for Patient Safety and Quality. Pesquisadora Científica de Biodireito – Bolsista Capes - e autora de capítulos de livros nas áreas Direito Médico, Bioética e Biodireito. E-mail: sarahgoiata@gmail.com

direito fundamental à privacidade. Após apresentado o arcabouço constitucional correlato à temática, tecidas considerações acerca da constitucionalidade das medidas adotadas pelo Poder Público no tocante a este direito individual, com enfoque na exordial e no acertado *decisum* cautelar, ambos da ADI n.º 6.387/DF, em que questionada a constitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20 (afeta ao compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações). Por conseguinte, sopesado que mandatória extrema cautela na adoção de medidas dessa natureza, de forma que eventuais mitigações devem ser rigorosamente motivadas e delineadas, de modo a apresentar os parâmetros necessários ao cotejo de sua harmonia com os ditames constitucionais.

**Palavras-chave:** COVID-19. Privacidade. Mitigação.

**ABSTRACT:** The corollary pandemic crisis of the new coronavirus, in addition to significant restrictions on humanity, has motivated considerable relativisations of the fundamental right to privacy. After presenting the constitutional framework related to the theme, considerations were made about the constitutionality of the measures adopted by the Public Power with respect to this individual right, focusing on the extraordinary and the correct precautionary decision, both from ADI nº 6.387 / DF, in which questioned the constitutionality of Provisional Measure No. 954/20 (affects the sharing of data by telecommunications companies). Therefore, it is considered that extreme caution is required in adopting measures of this nature, so that possible mitigations must be rigorously motivated and outlined, in order to present the essential parameters to compare their harmony with the constitutional dictates.

**Keywords**: COVID-19. Privacy. Mitigation.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise sanitária global causada pela proliferação incontida do novo coronavírus (SARS-CoV-2), extremamente danoso à saúde humana (cujas consequências, nas circunstâncias mais graves, acarretam no extermínio da vida humana, seja ela tenra ou de mais avançada idade), impôs profundas modificações e restrições cotidianas, vigorosamente recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), dentre as quais destacam-se o isolamento domiciliar, o distanciamento social, a quarentena, a utilização de máscaras faciais, a suspensão das atividades de ensino, a restrição aos eventos culturais e funcionamento do comércio e, em localidades mais afetadas, o excepcionalíssimo *lockdown*.

Embora a doença seja mundialmente notória desde os idos de 2019, o primeiro caso oficialmente confirmado no Brasil é datado de 26 de fevereiro

de 2020 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Desde então, perante esse contexto de risco à vida, autoridades públicas e privadas, nacionais (em âmbitos federal, estadual e municipal) e internacionais, têm empreendido esforços na tentativa de conter a disseminação da doença respiratória aguda (COVID-19) causada pelo vírus retrorreferido.

Aos 20 de março de 2020, o Poder Legislativo Federal aprovou o Decreto Legislativo n.º 06/2020 que reconheceu o estado de calamidade pública motivada pela pandemia causada pela COVID-19, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

Inobstante, dentre as numerosas medidas de natureza política, econômicas, sociais e jurídicas adotadas, especificamente, no tocante ao direito à privacidade, destaca-se, na esfera federal, a Medida Provisória n.º 954/20, referente ao compartilhamento de dados, de seus consumidores, por empresas de telecomunicações, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, cuja constitucionalidade é alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal em diversas Ações Diretas de Constitucionalidade, motivo pelo qual merece especial abordagem.

Para a efetivação da pesquisa, adotou-se metodologia com enfoque na análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, sendo este trabalho de caráter descritivo e exploratório.

Objetiva-se, após apresentado o essencial fundamento teórico (especificamente, o panorama constitucional que orbita a temática), tecer considerações acerca da análise da constitucionalidade das providências adotadas pelo Poder Público no combate à crise pandêmica, tendo-se como enfoque a Medida Provisória em tela, o ventilado pela Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – na peça inaugural da ADI n.º 6.387/DF, a decisão cautelar proferida, nessa ação de controle abstrato de constitucionalidade, pela Ministra Rosa Weber e ulteriormente referendada pelo Plenário da Corte Excelsa.

## 2 PANORAMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Inegável que a Carta Magna de 1988, caracterizada como típica de um Estado Democrático de Direito (aberta, eclética e plural), representou significativo avanço para a democracia brasileira. Ao revés das Leis Maiores anteriores, a Constituição Cidadã, enfaticamente, elencou, logo em seus primeiros dispositivos, extenso rol de direitos e garantias fundamentais (FERNANDES, 2017, p. 283).

Malgrado as vastas (e respeitáveis) temáticas tratadas no âmbito desta Carta Política, cumpre apenas tratar das proposições correlatas ao objeto

desta pesquisa, quais sejam, os direitos fundamentais aplicáveis à espécie, o que se fará a seguir.

## 2.1 Direitos fundamentais afetos ao tema

No tocante à temática em comento, merecem breve destaque os direitos fundamentais à vida e à privacidade, bem como o direito social à saúde. Karel Vazak (1979, *apud* MARCHI, 2010, p. 5-7), em sua remansosa divisão dos direitos fundamentais, classificou os dois primeiros [vida e privacidade] como de primeira geração/dimensão (prestações negativas) e, o último [saúde] como de segunda geração/dimensão (prestações positivas).

### 2.1.1 Direito à vida

*Prima facie*, sobreleva-se que, em âmbito internacional, o direito à vida encontra conforto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), notadamente em seu artigo 4º, item 1, que assim prescreve: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.".

Na esfera constitucional, encontra previsão no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual "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..." (BRASIL, 1988).

Refere-se, tão somente, à vida humana, de modo que excluídas as demais formas de existência (NOVELINO, 2020, p. 356).

Estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do artigo 1º, III/CF), atualmente, nos dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 412) e Marcelo Novelino (2020, p. 357), reveste-se de acepções *1)* positiva - direito da vida em si mesma, de estar vivo, pressuposto elementar para o exercício de todos os demais direitos - e *2)* negativa - direito à vida digna, com condições mínimas de existência.

Possui numerosos desdobramentos, dos quais são corolários diversas discussões, tais como a permissão do aborto, o termo inicial da vida, constitucionalidade da pesquisa com células-tronco envolvendo embriões humanos, licitude da disposição do próprio corpo pelo indivíduo etc.

Com efeito, cumpre pontuar que esse direito fundamental, assim como os demais, não deve ser considerado como absoluto.

Nesse viés, o ordenamento jurídico pátrio, em âmbitos constitucional, legal e jurisprudencial, ventila algumas hipóteses acerca da relativização do direito à vida, tais como, respectivamente: *a)* o permissivo constitucional à pena de morte em cenário de guerra declarada; *b)* as excludentes de antijuridicidade (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) e *c)* inconstitucionalidade da tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, declarada pelo Pretório Excelso no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - n.º 54.

### 2.1.2 Direito à privacidade

Insculpido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"), o direito à privacidade, considerado como um direito à personalidade, subdivide-se em três espécies:

> A *intimidade* está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança e à sexualidade). Compreende os segredos e as informações confidenciais.
>
> A *vida privada* abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação.
>
> A *honra* consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (*honra objetiva*) ou na estimação que possui de si próprio (*honra subjetiva*). A indenização por danos morais decorrentes de violação à honra deve ser assegurada para pessoas físicas e jurídicas (honra objetiva)... (NOVELINO, 2020, p. 381).

Consoante defende parcela da doutrina constitucionalista, o direito à vida privada difere-se do direito à intimidade porquanto abarca "os relacionamentos familiares, de lazer, negócios, amorosos etc.", ou seja, correlato a preservação das relações pessoais, ao passo que este [direito à intimidade] se consubstancia como "um núcleo ainda menor, que perpassa e protege relações mais íntimas ou pessoais" (FERNANDES, 2017, p. 489).

Os direitos fundamentais, em que pese não admitam renúncia plena, são passíveis, em determinadas hipóteses, à autolimitação. Nesse sentir, o direito à privacidade comporta restrição, desde que consentida espontaneamente por seu titular. Frisa-se que, em relação ao consentimento tácito, imperiosa

análise com maior cautela. Ainda, em determinados cenários, reconhecem-se como legítimas intervenções ao direito à privacidade justificadas pela segurança ou interesse público.

Ademais, não se pode olvidar que eventual relativização ao direito à privacidade deve ser avaliada casuisticamente, subordinando-se ao postulado da proporcionalidade.

### 2.1.3 Direito à saúde

O direito à saúde é imanente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Apresenta-se em dois capítulos constitucionais, um referente aos direitos sociais (artigo 7º, *caput*/CF) e, outro, à ordem social (artigo 196/CF).

> Art. 6º. São direitos sociais [...] a saúde [...] na forma desta Constituição. [...]
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Árdua a tarefa de se apresentar um conceito jurídico ao direito à saúde. Nesse sentir, evidencia-se o escólio de Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 728):

> ...não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde. Segundo Reissinger, o principal conceito se dá a partir do próprio preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde: "estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades." A Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90), por outro lado, apresenta uma leitura que engloba ainda no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários. Por isso mesmo, fala-se em medidas de *saúde preventiva* e medidas de *saúde curativa*: o primeiro conceito se revelaria como um *status positivus libertatis* – na leitura de Jellinek, conectado à noção de *mínimo existencial* -, enquanto o segundo, um *status positivus socialis* (isto é, um direito social, propriamente dito).

O artigo 196 da Carta Federal, que eleva a saúde como direito de todos e dever do Estado, revela-se como norma principiológica que determina objetivos a serem conquistados pelo Estado. Contudo, não há especificação quanto aos meios a serem adotados na busca por esse fim.

Nos ditames do artigo 23, inciso II, da Lei Maior, os entes federativos (União, Estado e Municípios) são solidariamente responsáveis por cuidar da saúde, motivo pelo qual são tidos como os principais destinatários dos deveres consectários do direito à saúde. Contudo, em prol da maior efetividade desse direito fundamental, isso não elide o encargo da sociedade e da família, que são tidos como relevantes protagonistas à garantia e efetivação desse direito.

De mais a mais, urge verberar que a Constituição Federal outorgou aos poderes públicos o encargo de empregar políticas sociais e econômicas de caráter preventivo e reparatório, de modo que não há o permissivo para que os entes federativos se esquivem desse múnus.

## 2.2 Colisão entre princípios – juízo de ponderação

Forçoso reconhecer que princípios não se confundem com regras. Em apertada síntese, aqueles se caracterizam como comandos norteadores genéricos e abstratos que estatuem programas de ação para o legislador e o intérprete (inadmitem, portanto, juízo absoluto de aplicabilidade ou não-aplicabilidade), enquanto que estas estatuem prescrições definidas com preceitos e consequências delimitados (sua aplicação sujeita-se a um procedimento de subsunção silogístico – "tudo-ou-nada" ou *all-or-nothing-fashion*) (TAMADA, 2012).

Nessa conjectura, vislumbra-se que os princípios preconizam obrigações *prima facie* (e não definitivas), ou seja, deveres a serem realizados "na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto", de modo que apresentam a natureza de mandamentos de otimização. (ALEXY, p. 12, *apud* FERNANDES, 2017, p. 233-234).

Ante a essas considerações, conclui Alexy que, em caso de colisão, há uma dimensão de peso entre princípios, de forma que, na situação concreta, o valor decisório será conferido ao princípio que se revista de maior peso relativo, num necessário juízo de ponderação de bens e interesses fundado na aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso, no entanto, sem desaguar da invalidação do princípio tido como de menor peso.

## 3 MEDIDA PROVISÓRIA N.º 954/20

A expansão da pandemia provocada pelo novo coronavírus compeliu as autoridades governamentais a se utilizarem de mecanismos para gerenciamento das medidas públicas.

Para tanto, o Poder Público tem adotado certas medidas que mitigam a inviolabilidade do direito à privacidade, sendo a de maior evidência, na esfera federal, a Medida Provisória n.º 954/20, cuja constitucionalidade foi rechaçada em juízo de cognição sumária exercido pelo Pretório Excelso, consoante se abordará a seguir.

Com efeito, a Medida Provisória em análise, editada em 17 de abril de 2020, em resposta à crise pandêmica, instituiu regulamentação acerca do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) "...para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020" (BRASIL, 2020).

Em seu artigo 2º, explicita que as concessionárias de serviço de telecomunicações deverão disponibilizar, ao IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, que serão utilizados direta e exclusivamente pela fundação para produção de estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

Prossegue, em seu artigo 3º, ao ditar que os dados compartilhados terão caráter sigiloso, serão utilizados apenas para a aludida finalidade e não serão empregados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial. O §1º verbera que é vedado ao IBGE disponibilizar os dados coletados a quaisquer empresas públicas ou privadas ou a órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de quaisquer dos entes federativos.

O §2º desse dispositivo traz importante instrumento de controle social, segundo o qual o IBGE informará, em seu sítio eletrônico, as situações em que os dados compartilhados foram utilizados e divulgará relatório de impacto à proteção de dados pessoais.

Em arremate, o artigo 4º da Medida Provisória em tela explicita seu caráter temporário ao aduzir que "superada a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), as informações compartilhadas serão eliminadas das bases de dados da Fundação IBGE" (BRASIL, 2020). Conquanto, elenca hipótese excepcional de utilização dos dados pelo IBGE em 30 (trinta) dias contados do fim da situação de emergência de saúde pública de importância internacional se houver necessidade de conclusão de produção estatística oficial.

Em questionamento à constitucionalidade da presente espécie legislativa, foram manejadas 5 (cinco) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n.º 6.387/DF, 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF).

### 3.1 ADI n.º 6.387/DF

Sobreleva-se a ADI n.º 6.387/DF, ajuizada, em 19 de abril de 2020, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, na qual admoestou que a Medida Provisória n.º 954/20 padece de *i)* inconstitucionalidade formal, haja vista não preenchidos os pressupostos constitucionais, cumulativos e simultâneos, de urgência e relevância insertos no artigo 62, *caput*, da Carta e *ii)* inconstitucionalidade material por estar em desarmonia com a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III/CF), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X/CF), o sigilo dos dados (artigo 5º, inciso XII/CF), o direito à autodeterminação informativa e, ainda, ao postulado da proporcionalidade.

Especificamente, quanto à inconstitucionalidade formal, argumenta a ausência da relevância em face da não demonstração da fundamental importância para a realização da sobredita pesquisa estatística, mormente porque não informado o tipo de análise a ser realizado, bem como não previsto que as informações coletadas seriam empregadas exclusivamente na realização de pesquisas urgentes em auxílio ao enfrentamento ao novo coronavírus.

Em suma, ventila que:

> ...não há qualquer vinculação necessária entre a finalidade para a qual serão empregados os dados coletados (espécie e finalidade da pesquisa) e a situação de emergência de saúde pública). [...] E [...], ainda que houvesse, a pesquisa seria feita nesse período e certamente não teria resultado em tempo hábil para ser aplicado no combate ao coronavírus. (CFOAB, 2020, p. 09).

Adiante, em relação ao pressuposto da urgência, a Medida Provisória não assinala a justificativa para adoção da espécie normativa excepcionalíssima, visto que "a produção de estatística é durante a pandemia mas não se destina a atender ou combater a pandemia" (CFOAB, 2020, p. 10), o que resta evidenciado, por si só, pelas informações prestadas pelo próprio instituto que, por sua vez, noticiou o adiamento (ocorrido em numerosas outras ocasiões por motivos diversos), para 2021, do Censo Demográfico, realizado a cada 10 (dez) anos, em virtude do surto causado pelo novo coronavírus.

Lado outro, no que concerne à inconstitucionalidade material, aventa, no que tange ao objeto desse artigo, que a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade do sigilo de dados, das comunicações telefônicas, das correspondências e comunicações telegráficas somente é permitida pela Lei Maior nas hipóteses de investigação ou instrução processual penal, desde que precedida por ordem judicial.

Outrossim, argumenta que a Constituição Federal também assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, honra e da imagem das pessoas, de modo que indiscutível "a presença na ordem constitucional brasileira do direito fundamental à proteção de dados pessoais, essencial para assegurar a tutela da intimidade e da vida privada" (artigo 5º, inciso X/CF) (CFOAB, 2020, p. 11).

Em continuação, dita que implícito a esse dispositivo está o direito fundamental à autodeterminação informativa que, a seu turno, encontra previsão expressa como um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em seu artigo 2º, inciso II.

Nessa linha discursiva, dita que o Tribunal Constitucional Alemão assentou, em *decisum* paradigmático (referente à previsão de coleta e uso de dados pessoais pelo Poder Público) fundado no direito geral da personalidade consagrado na *Grundgesetz* (Constituição Alemã) que "o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais...". (SCHWABE, 2005, p. 238-239, *apud* CFOAB, 2020, p. 12).

Conclui que, desse precedente alemão, extraem-se requisitos exemplificativos para compartilhamento de dados, quais sejam, *a)* finalidade de uso de forma precisa; *b)* demonstração de que os dados sejam adequados e necessários; *c)* acesso aos dados no mínimo indispensável para alcançar seu objetivo pretendido; *d)* necessidade de proteção, porquanto os riscos que envolvem o processamento eletrônico de dados.

Acrescenta que o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia conceitua dados pessoais como sendo:

> ...informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (<<titular dos dados>>); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular. (CFOAB, 2020, p. 15).

Some-se a isso, incrementa que o artigo 5º do Regulamento prevê os princípios afetos ao tratamento de dados pessoais. São eles:

> a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas legítimas e não podem ser tratados posteriormente de uma

> forma incompatível com essas finalidades; c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (<<minimização dos dados>>); d) Exatos e atualizados sempre que necessário; e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; e f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizados ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas (<<integridade e confidencialidade>>). (CFOAB, 2020, p. 15).

Também sustenta violação ao princípio da proporcionalidade, bem assim traz à baila a presença dos requisitos mandatórios à concessão de medida cautelar *ad referendum* da Corte Excelsa (*periculum in mora e fumus boni juris*) para suspender a eficácia da Medida Provisória, uma vez que:

> Em primeiro lugar, está devidamente configurado o fumus boni juris, pois ausentes os requisitos constitucionais que autorizam o exercício excepcional de competência legislativa por parte do Presidente da República. Consideradas (i) a relevância constitucional do direito à privacidade, à intimidade, à proteção dos dados pessoais, bem como o direito à autodeterminação informativa e à dignidade da pessoa humana e de sua, (ii) a desproporcionalidade da medida, tendo em vista a inexistência de evidente relação meio-fim entre a quebra do sigilo de dados e os fins visados, qual seja a realização de pesquisas domiciliares, bem como a desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito da medida.
>
> Em segundo lugar, está presente o periculum in mora, uma vez que [...] na Medida Provisória n.º 954/20 foi estipulado prazo exíguo de três dias para a regulamentação do procedimento de disponibilização dos dados. Após tal regulamentação, a MP estabeleceu que as empresas têm um prazo de sete dias para disponibilizar os dados solicitados, consoante art. 2º, §3º. Isso significa que, no mais tardar, dia 27 próximo todos os dados dos brasileiros já deverão estar disponibilizados, nos termos da MP.
>
> Uma vez efetivado o compartilhamento dos dados pessoais dos cerca de, pelo menos, 226 milhões de consumidores cadastrados junto às empresas de telefonia, a violação ao sigilo e proteção dos dados será efetivada, sendo inafastável seus prejuízos à sociedade e a cada um dos cidadãos lesados.[...]
>
> Ressalta-se que não é possível vislumbrar no caso qualquer marca de periculum in mora reverso [...] o IBGE já adiou, por diversas vezes

> a realização e divulgação de pesquisas estatísticas e com base em fundamentos muito menos gravosos que uma pandemia. [...] Ademais, a suspensão da MP não impede que o próprio governo construa soluções menos gravosas aos direitos fundamentais e individuais e mais adequadas para realizar as pesquisas estatísticas pretendidas." (CFOAB, 2020, p. 23-24).

Por derradeiro, requereu-se, no bojo dessa ADI, *1)* a concessão de medida liminar *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal para suspensão imediata da integralidade da Medida Provisória n.º 954/20, bem como para reconhecer a presença no ordenamento constitucional brasileiro do direito fundamental à autodeterminação informativa e *2)* a título meritório, a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar, na íntegra, da Medida Provisória n.º 954/2020, (i) por afronta aos requisitos de relevância e urgência para edição de Medida Provisória, ii) por violação à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e ao sigilo dos dados e (iii) por ferimento ao princípio da proporcionalidade, em seus subprincípios adequação, necessidade e justa medida, reconhecendo-se a presença no ordenamento constitucional brasileiro do direito fundamental à autodeterminação informativa.

### 3.1.1 Concessão da medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal

Em 24 de abril de 2020, a Ministra Rosa Weber, em análise do pleito liminar aventado no bojo da ADI n.º 6.387/DF, verbera que a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, revela-se como um dos maiores desafios da contemporaneidade no que toca ao direito à privacidade.

Afiança que o direito à privacidade (*right to privacy*) e os seus corolários direitos à intimidade, à honra e à imagem têm proteção especial conferida pela Carta Federal, bem assim "emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações" (STF, 2020b) e, ainda, que a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (estas excepcionadas em caso de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução penal, nos termos da Lei n.º 9.296/96) consubstanciam-se em instrumentalização desse direito realizada pela Lei Maior.

Complementa ao dispor que o artigo 2º da Medida Provisória n.º 954/20 impõe o compartilhamento da relação de nomes, números de telefone e endereço de seus consumidores, sendo que essas informações, uma vez relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural:

> ...configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, "caput"), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. (STF, 2020b).

Além disso, reconhece a existência no ordenamento jurídico pátrio do direito à autodeterminação informativa, expressamente insculpido no art. 2º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, como um dos fundamentos do reiterado direito à privacidade.

Em continuação, dilucida:

> No clássico artigo The Right do Privacy [...] já se reconhecia que as mudanças políticas, sociais e econômicas demandam incessantemente o reconhecimento de novos direitos, razão pela qual necessário, de tempos em tempos, redefinir a exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo. [...] no entanto, permanece como denominador comum da privacidade e da autodeterminação o entendimento de que a privacidade somente pode ceder diante de justificativa consistente e legítima... (STF, 2020b).

Assim, a Eminente Ministra delibera que o único dispositivo da Medida Provisória nº 954/20 que traz previsão acerca da finalidade e o modo de utilização dos dados compartilhados é o artigo 2º, §1º que, por seu turno, atém-se a enunciar que serão de utilização exclusiva do IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não pesquisas domiciliares.

Dessarte, não há delimitação do objeto da estatística a ser elaborada e, muito menos, a finalidade específica e amplitude. Ademais, não elucida a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados.

De igual forma, verbera que o artigo 1º, parágrafo único, dessa espécie legislativa tão somente prevê que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional da COVID-19, de modo que não se evidencia que a estatística a ser produzida seja correta com a crise sanitária mundial.

Assim, depreende que da Medida Provisória n.º 954/20 não emana interesse público legítimo no compartilhamento, pelas concessionárias de telefonia, dos dados pessoais de seus consumidores, isso levando-se em consideração os três elementos formadores do princípio da proporcionalidade

em sua moderna concepção estrutural, quais sejam, *a)* necessidade, *b)* adequação e *c)* proporcionalidade em sentido estrito.

> Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva. (STF, 2020b).

Passo adiante, discorre que a Medida Provisória n.º 954/20 se atém a delegar ao Presidente do IBGE a regulamentação acerca do procedimento para compartilhamento dos dados. Nesse sentido, salienta que a MP não traz em seu texto mecanismo técnico ou administrativo hábil a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida (seja na transmissão, seja no tratamento), de modo carece ao oferecer proteção insuficiente aos relevantes direitos fundamentais em testilha.

Enfatiza que tais considerações encontram conforto nas informações prestadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – em que evidenciou mandatória a adoção de extrema cautela no tratamento de dados de usuários de serviços de telecomunicações e, ainda, sugeriu a fixação de parâmetros com o fito de ajustar a medida à garantia dos princípios estabelecidos na Carta Magna, na Lei Geral das Telecomunicações e na Lei Geral de Proteção de Dados, de forma a salvaguardar a proteção da privacidade, da intimidade e dos dados pessoais de usuários de serviços de telecomunicações, por meio de:

> a) a sólida instrumentalização da relação jurídica que será estabelecida entre o IBGE e cada uma das prestadoras de serviços de telecomunicações demandadas; b) a delimitação específica da finalidade do uso dos dados solicitados; c) a limitação das solicitações ao universo de dados estritamente necessários para o atingimento da finalidade; d) a delimitação do período de uso e da forma de descarte dos dados; e e) a aplicação de boas práticas de segurança, de transparência e de controle" (STF, 2020b).

De mais a mais, considera que o quadro resta agravado em razão da não entrada em vigor da Lei n.º 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – que, por seu turno, define os critérios para responsabilização dos agentes por eventuais danos decorrentes do tratamento de dados pessoais.

Além disso, apura que, em mesmo dia (17 de abril de 2020), foi editada a Instrução Normativa n.º 2 – IBGE que regulamentou o compartilhamento de dados previsto na Medida Provisória n.º 954/20 que serviu de embasamento de ofícios enviados pelo IBGE às concessionárias de telefonia por meio dos quais se solicitou o compartilhamento imediato de dados, a despeito do lapso de 7 (sete) dias fixado no artigo 2º, §3º, da Medida Provisória em tela e a determinação do Pretório Excelso para prestação de informações referentes ao conteúdo do ato normativo.

Acrescenta que, em exame da tramitação do projeto de lei de conversão da Medida Provisória n.º 954/20, verificada, até o momento da análise da pretensão liminar, a existência de 344 (trezentos e quarenta e quatro) propostas de emenda que, em significativa monta, intentam:

> ...a restrição da norma aos dados estritamente necessários, bem como a necessidade de elaboração de relatório de impacto de segurança da informação anterior à coleta e uso dos dados (e não posterior, como veiculado), além da maior transparência na definição da finalidade e do uso dos dados compartilhados. (STF, 2020b).

Posto isso, delibera por satisfeitos os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* necessários à concessão do édito cautelar.

Reforça que o apropriado amparo dos direitos à intimidade, à privacidade e proteção de dados pessoais é fundada pela característica da inviolabilidade, de forma que insuficiente se entremostra o ressarcimento em caso de afronta à norma de proteção destes.

> Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário e próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia." (STF, 2020b).

Pelo exposto, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal, em tutela aos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção dos dados (com base nos fundamentos supraexpostos), concedeu a medida liminar requerida no bojo da ADI n.º 6.387/DF para suspender a eficácia da Medida

Provisória n.º 954/20, *decisum* esse referendado pelo Plenário da Corte em 7 de maio de 2020.

Considerando que as ADI`s n.º 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF igualmente contestam a validade constitucional da medida provisória em comento, determinada a reprodução dessa decisão nos respectivos autos e, também, a tramitação conjunta dos feitos

Até outubro de 2020, não houve o julgamento meritório das referidas ações de controle abstrato de constitucionalidade que, todavia, provavelmente serão extintas sem resolução do mérito em virtude da perda de objeto, visto que a Medida Provisória n.º 954/20 teve seu prazo de vigência encerrado em 14 de agosto de 2020.

## 4 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS FLEXIBILIZAÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Nos dizeres de Klaus Schwab (2016), o início do Século XXI é tido como marco da deflagração da 4ª (quarta) revolução industrial caracterizada, principalmente, pela disrupção tecnológica que tem revolucionado, a nível capilar, o modo de viver em sociedade.

Atualmente, grande parte dos indivíduos está, de alguma forma, conectada à *internet*, se não em tempo integral, em substancial fração do dia, o que, somado ao avançado desenvolvimento dos dispositivos eletrônicos, abre amplo leque para a coleta dos mais diversificados dados dos usuários, tais como localização, preferências de consumo etc.

Esses fatores, sem sombra de dúvidas, modificam as concepções acerca do direito à privacidade – abrangidos os consectários intimidade, vida privada, honra e imagem - que tem sido paulatinamente mitigado, cuja iniciativa parte, amiúde, de seu próprio titular que, além de consentir, voluntariamente expõe ou compartilha dados outrora considerados como sensíveis, notadamente em redes sociais ou após provocação. Além disso, há temerárias situações em que o consentimento é presumido, especialmente quando a opção de compartilhamento é habilitada de forma nativa.

De outra sorte, inadmite-se, no ordenamento jurídico pátrio, renúncia absoluta do direito à privacidade (característica inerente aos direitos fundamentais), sendo esta, invariavelmente, parcial e relativa.

A imprescindibilidade de adoção de políticas públicas em razão do contexto pandêmico desaguado pelo novo coronavírus não autoriza, por si só, a relativização do direito à privacidade e, muito menos, confere azo à sua renúncia tácita.

À vista disso, conforme se depreende da melhor doutrina constitucionalista, flexibilizações devem ser rigorosamente motivadas e delineadas, de

modo a fornecer os parâmetros necessários à aferição do mandatório respeito ao já mencionado postulado da proporcionalidade.

Em contexto de crise sanitária, imperiosa extrema cautela no que toca a medidas dessa natureza, sob pena de se admitir posturas arbitrárias e desarrazoadas por parte do Poder Público que, eventualmente, podem acarretar na exposição indevida e irreversível de dados sensíveis dos indivíduos.

Decerto, nesse cenário em que foi abruptamente acometido o mundo, tem-se conferido, preponderantemente, – enfatiza-se, com razão - primazia ao direito à saúde em virtude o evidenciado risco a que exposta a vida humana, isso em detrimento a diversos outros direitos, tais como à liberdade de locomoção, à livre iniciativa e afins.

Nesse sentir, apropriado o entendimento do Ministro Marco Aurélio externado na decisão proferida na ADI n.º 6.343/DF que indeferiu cautelarmente a arguição de inconstitucionalidade das alterações encetadas na Lei n.º 13.979/20 (Lei Nacional da Quarentena), cujo excerto a seguir merece relevo: "Em época de crise, há mesmo de atentar-se para o arcabouço normativo constitucional, mas tudo recomenda temperança, ponderação de valores, e, no caso concreto, prevalece o relativo à saúde pública nacional." (STF, 2020a).

Premente, frisa-se, nos exatos termos do exarado pelo i. Ministro, a ponderação de valores. Não há conjuntura, nem mesmo a atual, que conceda o permissivo à prevalência irrestrita de um direito constitucionalmente previsto em detrimento dos demais.

No que concerne, precisamente, à proteção dos dados pessoais dos usuários de telefonia como bem destacou a peticionante da ADI n.º 6.387/DF, nos dias atuais, não mais há que se falar em dados insignificantes. Com o pós-moderno avantajado desenvolvimento tecnológico, um dado em si insignificante, quando reunido e analisado em certo contexto, pode adquirir um novo valor. Os dados se evidenciam como o maior ativo do "Século da Informação".

Dito isso, forçoso reconhecer que acertada a cautelar suspensão da eficácia da Medida Provisória n.º 954/20, mormente porque, em que pese violar a intimidade de praticamente todos os brasileiros, ateve-se a fixar, genericamente, sua finalidade, não demonstrando, suficientemente, motivos aptos a justificar as excepcionalíssimas relevância e urgência indispensáveis à edição da medida e, ao menos, a comprovada necessidade e eficácia embasadoras do interesse público no compartilhamento no combate à COVID-19 em detrimento ao direito à privacidade; não apresentou, de forma clara, a proteção a ser resguardada aos dados coletados e aos adequados manuseio e utilização e, especificamente, não fixou os procedimentos de fiscalização das posturas a serem adotados.

## 5 CONCLUSÃO

O direito à privacidade tem se revestido de especial contorno nas últimas décadas, principalmente em face da superexposição, a que todos estão sujeitos, correlata ao fenômeno da globalização informática que alça diferentes e outrora distantes povos à interconexão, não raro, imediata.

Exsurge, nessa quadra, o dever do Estado Democrático de Direito de proporcionar a devida tutela de seus cidadãos em face das, a cada dia mais, factíveis violações a esse direito fundamental, de modo a preservar-lhes a inapreciável dignidade da pessoa humana, havida pelo Pretório Excelso (2001) como um verdadeiro superprincípio constitucional, do qual devem irradiar as escolhas políticas da Administração Pública, haja vista que somente seu acatamento pleno torna legítimas as condutas estatais pautadas no poder discricionário.

Sem embargo, não se olvida que, quando irrestrito e ilimitado pelos direitos individuais, o Estado entremostra-se como "o mais mortal inimigo do homem" (*RAND apud* CRUZ, 2020).

Dessarte, nessa atual conjuntura pandêmica causada pelo novo coronavírus, imperioso o emprego de minucioso juízo de ponderação em cada casuística originada, tendo em vista o inexorável e significativo aumento da colisão de princípios que tutelam direitos constitucionalmente previstos, episódios esses crescentes desde o reconhecimento da normatividade dos princípios e força normativa da Constituição, frutos do pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

Isso considerado, irretocado o *decisum* proferido pela Ministra Rosa Weber, no bojo da ADI n.º 6.387, ulteriormente referendado pelo Plenário da Corte, ao reconhecer a inconstitucionalidade formal e material da Medida Provisória n.º 954/20 por não evidenciar a contento os requisitos da relevância e urgência indispensáveis à demonstração da real necessidade da adoção dessa excepcional medida e por não oferecer condições satisfatórias ao cotejo da adequação e necessidade, elementos formadores do postulado da proporcionalidade.

Muito embora a decisão tenha se fundado em juízo de cognição sumária, entende-se que a Medida Provisória em análise, de fato, exorbitou aos ditames constitucionais, de forma que sua consolidação na seara meritória revelar-se-ia como consectário lógico. Ocorre que, importante reiterar, há forte probabilidade de, na ocasião do julgamento, serem as ADI`s n.º 6.387/DF, 6.388/DF, 6.389/DF, 6.390/DF e 6.393/DF extintas sem resolução do mérito ante à superveniente perda de objeto, uma vez que não mais subsistem as circunstâncias que ensejaram a edição da Medida Provisória n.º 954/20, em razão do encerramento de sua vigência, aos 14 de agosto de 2020.

Finalmente, urge mencionar que, nesse contexto de crise, o princípio da privacidade tem sido alvo de numerosas mitigações tanto pelo Poder Executivo

quanto pelo Legislativo - evidenciada a prorrogação do prazo de *vacatio legis* da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 13.709/18) pela Medida Provisória n.º 959/20, e pela Lei n.º 14.010/20 -, de modo que impreterível a criteriosa análise, fundada, repisa-se, no juízo de ponderação pautado pelo postulado da proporcionalidade, com o fito de se verificar a constitucionalidade de cada caso concreto isolada e circunstanciadamente considerado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*. *In:* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Título: **Curso de Direito Constitucional**. Edição 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. *In:* PRADO. Luiz Regis. **Norma, princípio e regra**. 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/11/22/norma-principio-regra/. Acesso em: 07 de junho de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 06 de 20 de março de 2020. **Ocorrência do estado de calamidade pública.** Brasília, DF, março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020.. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. **Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020. **Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei nº**

**13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.296, de 24 de Julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm> Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Lei n.º 14.010 de 10 junho de 2020. **Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Primeiro caso de Covid-19 no Brasil permanece sendo o de 26 de fevereiro**. 2020. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47215-primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-permanece-sendo-o-de-26-de-fevereiro. Acesso em: 07 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.510/DF**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do Art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei De Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. [...] Relator: Ministro Ayres Brito, 28 mai. 2010. Brasília: STF, [2010]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.343/DF**. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.979, de 2020, da Medida Provisória nº 926, de 2020, e da Medida Provisória nº 927, de 2020, por violação aos art. 1º, art. 18, art. 23, II, art.

24, XII, e art. 25, § 1o, todos da Constituição Federal. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 25 mar. 2020. Brasília: STF, [2020a]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.387/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 abr. 2020. Brasília: STF, [2020b]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.388/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 abr. 2020. Brasília: STF, [2020c]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.389/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 abr. 2020. Brasília: STF, [2020d]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895168. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.390/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 abr. 2020. Brasília: STF, [2020e]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 6.393/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 954/20. Relatora: Ministra Rosa Weber, 20 abr. 2020. Brasília: STF, [2020f]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399. Acesso em: 05 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 54/DF.** Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade Sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos Fundamentais. Crime. Inexistência. Inconstitucionalidade da interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 abr. 2013. Brasília: STF, [2013]. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954. Acesso em: 05 de junho de 2020.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Almedina. 2003. *In:* **Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar**. 19 de abril de 2020. Disponível em: http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/590e844d-a995-4dbc-8965-6d3465419220.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar**. 19 de abril de 2020. Disponível em: http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/590e844d-a995-4dbc-8965-6d3465419220.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MP que obrigava operadoras a compartilhar dados com o IBGE perde validade. **O Documento.** 18 de agosto de 2020. Disponível em: https://odocumento.com.br/mp-que-obrigava-operadoras-a-compartilhar-dados-com-o-ibge-perde-validade/. Acesso em: 22 de agosto de 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("*Pacto de San José de Costa Rica*"), 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 07 de junho de 2020.

RAND, Ayn. *The virtue of selfishness: a new concept of egoism. In:* CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 10 ed. São Paulo: Método, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. *In:* **Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar**. 19 de abril de 2020. Disponível em: http://s.oab.org.br/arquivos/2020/04/590e844d-a995-4dbc-8965-6d3465419220.pdf. Acesso em: 05 de junho de 2020.

TAMADA, Marcio Yukio. **Princípios e regras: diferenças.** Revista âmbito jurídico. 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principios-e-regras-diferencas/. Acesso em: 07 de junho de 2020.

VASAK, Karel. As dimensões Internacionais dos Direitos do Homem. *In:* MARCHI, William Ricardo de Almeida. **Uma reflexão sobre a classificação dos direitos fundamentais.** Revista Unar, V3, 2010, p7. Disponível em: http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol3_n1_2010/UMAREFLEXAOSOBREACLASSIFICACAODOSDIREITOSFUNDAMENTIAS.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2020.

# REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO SOCIAL, DEMOCRACIA E CIDADANIA FISCAL NO SÉCULO XXI

# REFLECTIONS ON THE SOCIAL CONTRACT, DEMOCRACY AND FISCAL CITIZENSHIP IN THE XXI CENTURY

Gabriela Cabral Pires[1]
Flávio Couto Bernardes[2]

**RESUMO:** No presente trabalho, os conceitos do contrato social e da democracia são contrapostos aos dados de pesquisas empíricas, em especial no âmbito da América Latina, desde o início do século XXI. Objetiva-se identificar não só uma relação lógica entre os conceitos de pacto social, democracia e cidadania fiscal, mas também encontrar possíveis formas de fortalecer as relações entre contribuintes e o Estado. A existência de um contrato social fortalecido pressupõe a concordância da maioria da população com a eficácia do acordo e, assim, a fragilidade da democracia (como consequência da ineficácia do contrato) resulta no decréscimo da disponibilidade da população em pagar tributos ao Estado, o qual não retribui as suas expectativas. Conclui-se que o contrato social no Brasil e em outros países latino-americanos

[1] Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Pós-Graduada em Direito Tributário pelo CEAJUFE (2010). Pós-Graduada em Gestão Empresarial com ênfase em Finanças pela Fundação Dom Cabral (2014). Especialista em Direito Tributário Internacional pela *International Tax Center* – Leiden, na Holanda, (2011). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES). E-mail da autora: gabrielacpires0@gmail.com .

[2] Doutor, Mestre, Especialista e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. Secretário Geral da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. E-mail do autor: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8180-0218.

está fragilizado, mas pode e deve ser reforçado, principalmente por meio do aumento da cidadania fiscal e da confiança do povo no Estado.

**Palavras-chave:** Democracia. Direito Tributário. Cidadania Fiscal.

**ABSTRACT:** In the present work, the concepts of the social pact and democracy are opposed to data from empirical research, especially in Latin America, since the beginning of the 21st century. The objective is to identify a logical relationship between the concepts of social pact, democracy and tax morale, and also to find possible ways to strengthen relations between taxpayers and the State. The existence of a strengthened social contract presupposes the agreement of the majority of the population with the effectiveness of the pact and, thus, the fragility of democracy results in a decrease in the willingness of the population to pay taxes to the State, which does not reciprocate its expectations. It is concluded that the social contract in Brazil and other Latin American countries is weakened, but can and should be strengthened, mainly through the increase of fiscal citizenship and trust of the people in the State.

**Keywords**: Democracy. Tax Law. Fiscal Citizenship.

## 1 INTRODUÇÃO

Quebra do contrato social, crise democrática ou estado de exceção, são expressões utilizadas pela doutrina e por diversas instituições para se referirem à ausência de confiança e compromisso do Estado com os cidadãos e vice-versa. Em meio a um cenário político, social e econômico turbulento por que passam alguns países do mundo e, em especial, da América Latina, o debate acerca do fortalecimento das instituições democráticas torna-se ainda mais relevante.

No presente trabalho, os conceitos doutrinários acerca do contrato social e da democracia são contrapostos aos dados de pesquisas empíricas realizadas por renomadas instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, em especial no âmbito da América Latina, desde o início do século XXI.

O regime democrático é essencial para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, sendo necessário examinar como um dos elos de sua sustentabilidade a adequação das políticas públicas tributárias, aqui se adotando como recorte metodológico o impacto da cidadania fiscal como mecanismo de aprimorar o denominado contrato social fiscal.

Objetiva-se, por meio desse estudo em que se adota o referencial teórico de Norberto Bobbio, identificar não só a relação lógica entre os conceitos de

pacto social, democracia e cidadania fiscal, mas também analisar possíveis formas de fortalecer as relações entre contribuintes e o Estado. Para tanto, a metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa, com o estudo de pesquisas empíricas e doutrinas pertinentes ao tema em análise.

## 2 O CONTRATO SOCIAL E A DEMOCRACIA

Na Inglaterra do Século XVII, o absolutismo da dinastia Stuart e o ascendente liberalismo da burguesia se conflitavam e criavam solo fértil para o desenvolvimento de teorias políticas. John Locke, opositor dos Stuart e que se encontrava refugiado na Holanda, retorna à Inglaterra após a Revolução Gloriosa, em que se consuma a aprovação do *Bill of Rights* em 1689 e o fim do absolutismo.

O Segundo Tratado de Locke consiste em um ensaio sobre a origem, a extensão e o objetivo do governo civil (WEFFORT, 2004), segundo o qual a legitimidade do poder somente é alcançada por meio do consentimento, não pela força ou pela tradição. Contrapondo a doutrina aristotélica, segundo a qual o Estado existiria por natureza e seria anterior a cada um dos indivíduos, Locke defende que o indivíduo é anterior à sociedade e ao Estado, assim como o é a propriedade.

O pressuposto filosófico do Estado Liberal baseia-se no entendimento de que todos os homens têm por natureza direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a segurança e a felicidade. O Estado tem o dever de respeitar esses direitos, não os invadindo e os protegendo contra qualquer possível invasão por parte dos outros sujeitos. Assim, o jusnaturalismo serve de fundamento para os limites do poder do Estado, assim como defende Locke, tendo sido reafirmado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dos EUA e da França (BOBBIO, 1995).

A proteção da propriedade foi justamente o fundamento para o que Locke chama de "contrato social", gerado por meio do consentimento dos homens e da concordância com a necessidade de encerrar o estado de natureza e criar a sociedade política ou civil. Os objetivos dessa sociedade seriam a proteção da propriedade individual e da própria comunidade em relação aos perigos internos e estrangeiros.

> Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor

> protegidos sob o amparo da lei, do arbítrio e da força comum de um corpo unitário. (WEFFORT, 2004).

Ao tratar do contratualismo, Bobbio (2018) destaca que a teoria de Locke, assim como as de Hobbes, Rousseau e Kant, possuía o objetivo de encontrar um fundamento racional para o poder do Estado, mas não se preocupava com a justiça. Ainda segundo Bobbio, o interesse renovado pelas doutrinas contratualistas advém do resgate dessas ideias por Rawls em seu livro sobre a teoria da justiça, muito embora essa sua teoria não tivesse a mesma intenção das anteriores, que buscavam apenas justificar o poder político.

A teoria do contrato social se baseia em fundamentos racionais e está diretamente relacionada à origem da democracia, ainda que nem todas essas teorias contratualistas fossem democráticas. A democracia pode ser conceituada como uma das formas de governo, em que o poder está nas mãos da maior parte das pessoas, ao contrário do que ocorre nas formas autocráticas.

José Adércio Sampaio (2013) faz importante observação na evolução do poder fazendo a ligação entre a antiguidade e os contratualistas ao afirmar que: *"*embora a teoria do contrato social se tenha elaborado com maior nitidez na modernidade, sobretudo nos trabalhos de Hobbes, Locke e Rousseau, seus elementos conceituais já se faziam presentes na antiguidade*"*. E prossegue citando como exemplos a sociedade de Esparta e Argos. Barroso (2009) faz caminho inverso, apontando essa ligação com o futuro da democracia, afirmando que:

> Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. [...] Com Rousseau e as Revoluções Francesas e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.

O conceito da liberal-democracia, por sua vez, encontra fundamento na concepção de que a democracia é natural ao desenvolvimento do Estado liberal, quando tomado por sua fórmula política de soberania popular, contemplando a extensão dos direitos políticos até o sufrágio universal. Bobbio (1995) destaca que o método democrático é necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa (base do Estado liberal) e que a garantia desses direitos é essencial para a concretização da democracia.

Ao tratar do que chama de "a crise do Estado", Norberto Bobbio (1987) fez menção ao "fim do Estado", lembrando que Engels considerava que, assim como o Estado teve um início, terá seu fim quando as causas que o

produziram cessarem. Antes do possível fim, contudo, merece atenção a "crise do Estado", decorrente da sua crescente complexidade, que resulta na instabilidade até a extrema consequência da ingovernabilidade. O doutrinador destaca que para os escritores conservadores, o que estaria em crise seria a democracia, que não conseguiria mais fazer frente às demandas por ela mesma provocadas. Já os autores marxistas, segundo Bobbio, defendem que quem estaria em crise seria o capitalismo, por não conseguir mais dominar o poder dos grupos que possuem interesses divergentes entre si. Em conclusão, Bobbio afirma que a crise em questão significa, de fato, a crise de um ou outro tipo de Estado, não dele em si.

Apesar de o contexto em que foi escrita a obra em comento (final dos anos 80) ser diverso do atual, continuam sendo frequentes os estudos acerca da possível ingovernabilidade como motivo da crise democrática, considerando que a constatação então formulado pelo referencial teórico mencionado tem se tornado empiricamente mais presente, com desdobramentos anunciados na mídia em diferentes países.

Michelangelo Bovero (2015) questiona se, diante da gravidade das patologias atuais, seria o caso de uma crise na democracia (destinada a remodelar a forma política), ou uma crise mais complexa, da democracia. O autor faz interessante comparação entre a democracia antiga e a moderna, no sentido de que aquela seria a democracia do povo, em contrapartida à moderna, que se denota como uma democracia do indivíduo. A modernidade, então, seria um projeto de construção de uma sociedade dos indivíduos, especialmente no que tange às dimensões econômica e política.

Essa constatação pode ser ilustrada por meio do resultado de pesquisa divulgada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2017), em que se buscou identificar como a análise do comportamento social poderia ser útil para a concretização das políticas públicas, especificamente aquelas relacionadas ao aumento da arrecadação de tributos. No caso específico do Reino Unido, apresentado no trabalho, cinco diferentes formas de abordagem foram utilizadas nas cartas enviadas aos contribuintes que estavam em atraso com o pagamento de determinado tributo.

Após o envio das cartas, constatou-se que aquelas que alcançaram maior efeito em termos de arrecadação (5,1% de aumento) continham o seguinte texto: "nove em dez pessoas no Reino Unido pagam seus tributos em dia. Você está atualmente entre a pequena minoria das pessoas que não nos pagaram ainda"[3]. Noutra mão, as cartas cujos textos mencionavam o quanto

[3] Tradução livre, realizada pela autora, do trecho: "*Nine out of ten people in the United Kingdom pay their tax on time. You are currently in the very small minority of peopole who have not paid us yet.*"

o pagamento do tributo é importante para a melhoria e manutenção dos serviços públicos de saúde, educação e de manutenção das estradas, causaram efeito muito tímido (1,6% de aumento na arrecadação). A conclusão a que se chegou com esse estudo foi de que as normas sociais podem ser uma forma eficaz de incentivar o *compliance* tributário.

O comportamento apresentado pelos contribuintes britânicos é forte indício de que atualmente os cidadãos pensam de forma individualista e foram motivados a recolher o tributo pela intenção de se sentirem integrados ao grupo, à sociedade, mas não por se solidarizarem com o coletivo ou prezarem pela qualidade dos serviços públicos de que necessitam os menos favorecidos. Essa constatação reflete a afirmação de Bovero, segundo a qual a modernidade seria um projeto de construção de uma sociedade dos indivíduos, não do povo[4].

Bovero ainda alerta para o fato de que o mundo passa por uma crise dos princípios éticos sobre os quais a democracia deveria se fundar, principalmente no que tange à cultura anti-igualitária, à força do poder das oligarquias globais e à restrição das liberdades pela "colonização midiática das consciências".

Vale mencionar, nesse contexto, outra pesquisa realizada pela OCDE (2010), em que os cidadãos de países da América Latina foram questionados sobre (i) o apoio à democracia como o melhor sistema de organização da sociedade e (ii) o grau de satisfação com a forma com que a democracia funciona em cada país. A maioria dos países apresentou índices de insatisfação com a forma como a democracia funciona, embora os cidadãos continuem a apoiar esse regime como o melhor.

No Brasil, menos de 40% da população entrevistada demonstrou satisfação com a forma democrática no ano de 2008, enquanto menos de 50% da população demonstrou apoio à democracia como o melhor sistema político. Esse dado merece ser avaliado à luz da atualidade.

Pesquisa divulgada pela Datafolha (2020), realizada por meio da coleta de dados que aconteceu nos dias 23 e 24 de junho de 2020, mostrou que 75% dos brasileiros concordam que a democracia é sempre a melhor forma de governo, taxa essa que é recorde e superou o índice observado em outubro de 2018, no mês da eleição presidencial, quando era 69%. Em análise das variáveis sociodemográficas, conclui-se que a preferência pela democracia é majoritária em todos os segmentos sociais e cresce na proporção do aumento do grau de instrução e da renda familiar mensal do entrevistado.

[4] Sobre o tema, indica-se o documentário "The century of the self", produzido e dirigido por Adam Curtis, 2005.

Apesar do inegável apoio ao regime democrático, significativamente majorado nos últimos 12 anos, merece alerta a constatação da pesquisa de que para 46% dos brasileiros há alguma chance do Brasil se tornar uma ditadura, dando fim ao período democrático que fora consolidado pela Constituição de 1988.

Estudo realizado pela Universidade de Cambridge (2020), baseado em pesquisas efetuadas até o ano de 2020, demonstra que muitas das democracias mais populosas do mundo, onde se incluem os Estados Unidos e o Brasil, lideraram a tendência de alta nos níveis de insatisfação com o referido regime. O índice de insatisfação da população brasileira com o atual regime democrático bateu recorde histórico (considerando o início das pesquisas, em 1995), chegando ao patamar de aproximadamente 80% em 2020, muito superior àquele índice encontrado na pesquisa de 2008 (quando cerca de 60% estavam insatisfeitos).

O mesmo relatório observa que os níveis de insatisfação dos cidadãos com a democracia são normalmente respostas a circunstâncias e eventos objetivos, como choques econômicos, escândalos de corrupção e crises políticas, o que gera efeito imediato sobre os níveis médios de insatisfação cívica. As evidências indicam que nos países em que as instituições políticas são transparentes, atuam de forma responsável em relação às finanças públicas e sem corrupção, é maior a satisfação cívica.

Na obra "Sobre o autoritarismo brasileiro", Lília Schwarcz (2019) afirma que "se o patrimonialismo é o primeiro inimigo da República, o segundo principal adversário atende pelo nome de corrupção". A historiadora e antropóloga ensina que, independentemente da forma que assumir, a corrupção desvirtua costumes e os torna antiéticos e imorais, sendo que suas consequências ultrapassam o âmbito privado dos envolvidos e afetam diretamente a sociedade, que perde recursos estatais que deveriam ser destinados aos investimentos públicos. Sobre o tema, Flávio Bernardes e Milton Mattedi (2016) pontuam:

> É latente que hoje há grande desconfiança na democracia representativa. Este fato decorre de múltiplos fatores dentre os quais podemos citar o alto índice de corrupção dos agentes públicos, a ineficácia dos instrumentos de coibição e punição desses indivíduos, a desconexão entre a vontade popular e a atuação dos poderes públicos, dentre outros. Tal fato fica evidenciado pelo volume de protestos populares em diversos Estados democráticos e, especialmente no caso brasileiro, através da onda de protestos ocorridos em todo o país em meados de 2013 e 2014.

Note-se que embora a maioria dos brasileiros defenda a democracia como o melhor regime político, também a maioria está insatisfeita com a

forma como o sistema está atualmente sendo gerido, principalmente em face dos diversos escândalos envolvendo corrupção e que vêm sendo expostos ao público nos últimos tempos. Ou seja, não é possível se afirmar que a democracia esteja em crise no Brasil, mas sim que a qualidade do regime não é satisfatória, ou, em outras palavras, que a sua legitimidade está em crise.

O próprio relatório da Universidade de Cambridge chega à conclusão de que a insatisfação com o regime político na maioria dos países cuja democracia está madura ou é emergente não significa que os cidadãos possuem expectativas excessivas ou utópicas, mas sim que as instituições democráticas estão falhando em alcançar os resultados que mais importam.

## 3 O CONTRATO SOCIAL E O CUSTO DOS DIREITOS

Levando-se em conta a teoria jusnaturalista de que o contrato social consistiria em ferramenta hábil a assegurar os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e à propriedade, associada à noção de justiça dos neocontratualistas, chega-se à constatação de que a arrecadação de receitas por meio de tributos, com vistas a suportar as despesas do Estado Fiscal, somente se justifica mediante a vigência do contrato social.

O tributo, assim, caracteriza-se como o meio de fomento do Estado que tem por fim garantir a cada cidadão a observância de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Casalta Nabais (2012):

> Os impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada, em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro.

Dessa forma, o pagamento de tributos pode ser visto como um dever fundamental, uma vez que tem por fim garantir direitos fundamentais. Nabais ensina que a concepção da existência dos deveres fundamentais, associada à aceitação da existência do custo dos direitos, é essencial para a compreensão de que a liberdade e a solidariedade não se excluem, mas se complementam.

Não à toa, o artigo 3º da Constituição de 1988 prevê que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O texto constitucional ainda busca garantir a observância dos direitos e garantias fundamentais, como leciona Bernardes (2017):

> Vários dispositivos do texto constitucional brasileiro, por exemplo, demonstram a nítida preocupação em assegurar a aplicação dos recursos disponíveis na ampliação e melhoria das políticas sociais. O objetivo precípuo, ao constituir o marco da ruptura do Estado Autoritário, é colocar o cidadão como o centro do ordenamento e, portanto, do Estado.
>
> Garantir ao cidadão a efetividade de seus direitos sociais e estabelecer limites claros na conduta do Estado e nas suas finalidades, sobretudo através dos denominados "direitos e garantias fundamentais", foi tratado como um dos aspectos primordiais da Constituição vigente.

Seguindo essa ordem de ideias, o fortalecimento do chamado contrato social perpassa a concepção de que os direitos que se pretende ver assegurados não se garantem por si mesmos e geram custos, os quais são financiados por meio das receitas do Estado.

Como anteriormente mencionado, a proteção da propriedade foi o fundamento para o contrato social de Locke e, da mesma forma, Jeremy Bentham afirma que "a propriedade e o direito nascem juntos e morrem juntos. Antes de haver leis, não havia propriedade; tirando-se as leis, toda propriedade deixa de existir" (BENTHAM, 1931 *apud* SUNSTEIN; HOLMES, 2019). As leis, por sua vez, são criadas e têm sua aplicação garantida pelo Estado e, para tanto, existem altos custos.

Holmes e Sunstein (2019) destacam, sobre o tema, que o governo liberal ideal extrai recursos da sociedade por meio da tributação justa e os aplica de forma responsável e hábil na produção de serviços e bens socialmente úteis. Além disso, afirmam que "toda liberdade privada tem um custo público" (SUNSTEIN; HOLMES, 2019). Isso significa que tanto os direitos relacionados aos serviços públicos de saúde, educação e aposentadoria, quanto a garantia ao livre exercício da religião, à liberdade contratual e à liberdade de expressão demandam custos públicos.

Ainda nesse sentido, Casalta Nabais (2012) expõe seu pensamento de maneira clara afirmando que todos os direitos, por não serem uma dádiva divina, por não serem autorrealizáveis (dependem do Estado), por não conseguirem ser realmente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam cooperação social e responsabilidade dos indivíduos da sociedade em contribuir para garantia dos mesmos. Daí poderem ser considerados como "liberdades privadas com custos públicos" (NABAIS, 2012).

Todavia, essa concepção não é difundida em todos os países. A OCDE (2010) aponta que alguns autores sugerem que o contrato social estaria quebrado na América Latina, tendo em vista os altos índices de desigualdade, os

baixos níveis de tributação (o que não é o caso do Brasil) e a baixa qualidade dos serviços públicos que prevalecem na região.

O trabalho da OCDE (2010) em questão analisou empiricamente a relação entre política fiscal, mobilidade social e a consolidação da democracia na América Latina e Caribe, por meio de dados do *Latinobarómetro* de 2007 e 2008. Os resultados permitem concluir que a qualidade dos serviços públicos interfere na disposição para pagar tributos, constatação que pode diferir do que se viu na pesquisa realizada no Reino Unido, mencionada no início desse trabalho.

A legitimidade tributária perante a sociedade normalmente é baixa na América Latina porque os cidadãos dos países em desenvolvimento frequentemente não confiam que as receitas tributárias sejam bem gastas, o que faz com que eles tenham menor disposição para recolher os tributos. Acerca dessa matéria, Ives Gandra da Silva Martins (2018) justifica sua classificação da norma tributária como sendo de "rejeição social" por entender que:

> (...) em todos os espaços geográficos e períodos históricos, a carga tributária foi mais elevada do que a necessária para que o Poder Público pudesse prestar serviços públicos, servindo para garantir também benesses, privilégios e corrupção, ingredientes indissociáveis de qualquer governo.

Ainda que o posicionamento de Martins não seja acompanhado pela maioria dos tributaristas brasileiros, a constatação acerca da baixa legitimidade tributária representa a percepção de que, embora a população possa reconhecer a existência do custo dos direitos, entende como ilegítimo um sistema em que as receitas advindas da propriedade privada – que deveriam ser destinadas à garantia dos direitos - sejam mal geridas.

Segundo a pesquisa (OCDE, 2010), os latino-americanos que se consideram parte do contrato social e possuem maior escolaridade são mais propensos a pagar tributos e a aceitar os altos índices de tributação. Aqueles que pensam que já escalaram a pirâmide social e/ou esperam que seus filhos caminhem mais adiante, concordam que os bons cidadãos devem recolher os tributos e, em geral, rejeitam a ideia de que a carga tributária seja elevada demais.

No entanto, destaca-se que qualquer reforma tributária planejada pelos governos dos países em desenvolvimento deve ser precedida de um trabalho de aumento da legitimidade fiscal, caso contrário os resultados não serão alcançados. A melhor forma de cultivar a confiança nas reformas é o aumento da eficiência e da transparência nas despesas públicas, acompanhada da

melhoria das condições de vida de importante parcela da sociedade que se sente atualmente excluída do contrato social.

O estudo da OCDE (2010) ainda demonstra como o contrato social está fragilizado nos países da América Latina ao apresentar os índices de cidadania fiscal, comparados aos dos países integrantes deste renomado organismo. Ao serem questionados sobre se a sonegação fiscal é justificável, mais de 60% dos entrevistados em países integrantes da OCDE responderam negativamente, enquanto na América Latina essa porcentagem não alcançou 35%.

Os autores do trabalho em questão interpretam os resultados como uma evidência de que, apesar de o contrato social nesses países estar fragilizado, ele pode e deve ser reforçado, principalmente por meio do aumento da cidadania fiscal e da confiança do povo no Estado.

## 4 CIDADANIA FISCAL: O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

Desde o movimento da Revolução Gloriosa, antes mencionada, uma das exigências daqueles que lutavam contra as arbitrariedades dos governantes absolutistas centrava-se no impedimento da exigência de tributos de forma exagerada e sem aprovação pelo Parlamento. Em diversos outros momentos históricos, inclusive anteriores a esse, é possível encontrar a tributação como o estopim de revoluções que geraram importantes reflexos nas sociedades.

No Brasil, um exemplo foi a Inconfidência Mineira, movimento ocorrido no fim do século XVIII, que se voltava contra as medidas tirânicas da rainha de Portugal, dentre elas as relacionadas à contenção do contrabando e a cobrança de tributos em altos valores.

Com o advento do Estado Democrático de Direito e sua Constituição Econômica, o Brasil passou a experimentar novo paradigma da função estatal, em que próprio Estado e a iniciativa privada, em conjunto, buscam estabelecer e garantir as liberdades e os direitos individuais (XAVIER, 2020).

No entanto, não se pode olvidar do fato de que os tributos são necessários para a manutenção do Estado, representando custos dos contribuintes intrínsecos à garantia dos direitos fundamentais. Ou seja, os cidadãos podem – e devem – lutar por um sistema tributário justo, mas não há como compreender a liberdade sem o pagamento dos tributos. Eis um dos mais importantes aspectos do que se chama de cidadania fiscal: o sentimento de solidariedade com relação à sociedade como um todo. Ensinam Bernardes e Azevedo Branco (2009):

> Logo, verifica-se o consentimento expresso do povo brasileiro quanto à exigência dos tributos, em especial dos impostos, como forma de

> contraprestação para o Estado, ou seja, assegurando a receita tributária como a principal fonte de recursos para a administração pública. Esta constatação caracteriza, indubitavelmente, a autorização expressa do cidadão como um dever fundamental de contribuir mediante sua subsunção às obrigações de natureza tributária.

Ao tratar da ideia de liberdade, Kelsen (1993) destaca que em sendo a liberdade e a igualdade elementos essenciais do relativismo político, sua analogia com a democracia política se torna óbvia, já que esses são ideais fundamentais da democracia. A liberdade natural é substituída pela liberdade política ou social, segundo a qual o indivíduo sujeita-se a uma ordem normativa, uma ordem social. Trata-se de submissão à própria vontade na medida em que o sujeito participe do estabelecimento da lei. Essa transição entre liberdade natural e liberdade social é imprescindível à democracia e, por conseguinte, justifica a existência da cidadania fiscal como a concepção de que todos devem compartilhar dos custos inerentes à garantia dos direitos fundamentais, na medida da sua capacidade contributiva.

Torgler (2005) ressalta que na América Latina é significativo o baixo índice de cidadania fiscal, assim conceituada a intrínseca motivação para pagar tributos, ou os valores e atitudes relacionadas ao pagamento de tributos. O autor aponta o elevado encargo tributário, a falta de honestidade e a corrupção como fatores determinantes nesse cenário. Na medida em que os contribuintes percebem seu relacionamento com o Estado não só como de coerção, mas também como de troca, quando sentem que são tratados de forma justa, estão mais dispostos a pagar os tributos.

Dados coletados por recente pesquisa publicada pela OCDE (2019) demonstram o que representa o ciclo virtuoso entre uma performance estatal eficaz, altos níveis de cidadania fiscal e de *compliance* voluntário por parte dos contribuintes. A esse ciclo, os pesquisadores chamam de "contrato fiscal" celebrado entre Estado e contribuintes.

A relação entre cidadania fiscal e serviços públicos é menos clara na América Latina, onde os resultados encontrados em estudos anteriores e os dados atuais se contrastam. Embora na pesquisa realizada em 2008-2009 tenha sido encontrada uma relação positiva entre a cidadania fiscal e a satisfação com a educação e os serviços de saúde públicos, a análise de 2019 apresenta dados inconsistentes a esse respeito. Isto porque, a relação entre serviços públicos e a cidadania fiscal não é clara na região, a confiança na performance do governo e a percepção do nível de corrupção impactam, ambos, na cidadania fiscal.

Além disso, foi identificada significativa diminuição na cidadania fiscal na América Latina, a qual foi relacionada às mudanças econômicas e sociais

ocorridas desde 2011. A desaceleração econômica pôs fim a um período de progresso econômico e social, em que a pobreza foi reduzida, criando uma classe média cada vez mais exigente, que se deparou com uma série de escândalos de corrupção. Como apontado no trabalho, essa gama de fatores foi favorável à criação do clima de incerteza quanto à capacidade das instituições públicas de responderem eficazmente às necessidades dos cidadãos, especialmente na eficiência da aplicação da arrecadação tributária.

Nesse cenário, merece ainda mais atenção a busca pelo Estado de mecanismos que auxiliem na reconstrução das bases de confiança dos cidadãos no contrato fiscal e na tributação. Dentre as diversas ferramentas que podem auxiliar os governos, encontram-se a maior transparência e publicidade em relação às despesas e receitas públicas e maior abertura para representantes da sociedade participarem das decisões e fiscalizarem as contas públicas, ambos instrumentos úteis no combate à corrupção e à gestão ineficaz do dinheiro público. Sobre a cidadania participativa, ensina Bernardes (2017) que:

> A cidadania participativa, base para a democracia, tem como instrumento de destaque os orçamentos participativos. A participação popular é importante no processo político, porque torna possível a influência mais direta da população no processo normativo e executivo, estruturando a cidadania ativa. A prática do orçamento participativo vem se desenvolvendo extraordinariamente nos últimos anos, apenas ganhando enfoques diferentes caso se trate do exercício da cidadania ativa perante a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Essas ferramentas são bastante conhecidas e frequentemente integram as agendas políticas, mesmo que sua implementação e seus resultados não sejam acompanhados como deveriam ser. Ainda assim, é importante que os governantes se atentem também para políticas mais específicas que podem ser de grande valia.

O trabalho da OCDE (2019) cita, dentre essas ações, a criação de programas de educação fiscal, incluindo a cidadania fiscal, bem como suas pesquisas e análises nos programas; o desenvolvimento da Administração Fiscal, no sentido de simplificar a forma de apuração e pagamento dos tributos; e, a longo prazo, o reforço da confiança na relação receita e despesas estatais, de forma a construir um robusto contrato social.

Especificamente sobre o tema da educação tributária, ensinam Godoi e Rezende (2019):

> Em suma, o objetivo principal da educação tributária é formar contribuintes que são conscientes e se esforçam para cumprir com rigor

> seus deveres e obrigações fiscais, mas também exigem o mesmo grau de comprometimento para com seus deveres em relação ao Estado e à administração tributária, seja na fase legislativa, seja na fase de fiscalização ou cobrança dos tributos, utilizando todos os remédios e recursos previstos em lei para resistir a exigências ilegais. O objetivo da educação tributária é fortalecer o sentido de responsabilidade social do contribuinte.

Não basta, contudo, responsabilidade social em um cenário de insegurança jurídica. Embora a ausência de segurança jurídica seja usualmente apontada como um problema para as empresas, ela é outro aspecto que merece atenção considerando os contribuintes de forma geral, pois é patente a insegurança em relação ao tratamento da Administração Pública face aos negócios jurídicos praticados pelos particulares.[5]

Em obra dedicada ao estudo da Segurança Jurídica no âmbito do Direito Tributário, o professor o professor Heleno Taveira Torres (2019) destaca o seguinte:

> O exame da evolução do Estado é fundamental para compreender as diversas razões das mudanças verificadas em matéria tributária ao longo dos tempos. Basta pensar que o "poder de tributar", no Estado Democrático de Direito, efetiva-se nos limites da liberdade, da democracia e da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a segurança jurídica deixa de ser aquela exclusivamente formal de outrora, pautada pela certeza e irretroatividade, para ser a previsibilidade da concretização de direitos e liberdades fundamentais, ademais da proteção da confiança legítima, em termos subjetivos.

Em face do atual cenário da jurisprudência administrativa – chamado por Torres de "estado de exceção" – o contribuinte convive com contradições de decisões de órgãos ou autoridades entre si, o que não se espera do Estado de Direito orientado pela moralidade e impessoalidade isonômica na relação com os administrados. A consequência dessa constatação é a ausência de "previsibilidade da concretização de direitos e liberdades fundamentais" (TORRES, 2019), fato que, mais uma vez, resulta na indisposição do cidadão em contribuir com o Estado.

[5] Nesse sentido: BERNARDES, Flávio Couto; PIMENTA, Victor Pimenta de. **Jurisprudência Constitucional da Katchang**a. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 21, n. 42, 2018.

Diante desses diversos apontamentos sobre os motivos para a reduzida cidadania fiscal na América Latina, chamam atenção duas características próprias dos cidadãos que possuem maior confiança no governo, identificadas pela OCDE: as pessoas que confiam no seu governo possuem maior cidadania fiscal e aquelas que entendem a democracia como o melhor sistema de governo para seus países tendem a pensar que a sonegação é injustificável.

Inegável, portanto, a íntima relação entre a cidadania fiscal e o fortalecimento da democracia, já que a existência de um contrato social fortalecido pressupõe a concordância da maioria da população com a eficácia do acordo. A eficácia do contrato, em um regime democrático, significa, dentre outras coisas, que os cidadãos estão dispostos a arcar com custos tributários em troca da garantia dos seus direitos fundamentais.

Como bem lembrado por Levitsky (2018), a democracia brasileira, assim como a norte americana, não está morta, mas há sinais de alerta que merecem toda atenção da população e dos governantes interessados em manter a forma de governo escolhida pela maioria.

Da mesma forma, o contrato social dos países da América Latina não foi quebrado, não há que se falar em ausência de Estado ou anarquia, mas esse contrato está fragilizado e a confiança no governo é essencial para o fortalecimento do vínculo contratual, bem como para o aumento da concepção de que os cidadãos devem contribuir por meio do pagamento de tributos com a manutenção do Estado que irá garantir-lhes os direitos fundamentais.

Necessário, diante do cenário apresentado, concordar com Carvalho (2005) quando afirma que ainda falta muito para completar a cidadania brasileira. O historiador ensina que parte da dificuldade em solucionar problemas como a desigualdade e o fortalecimento da democracia e da cidadania pode ter a ver com a lógica invertida de conquista dos direitos observada no Brasil (onde os direitos sociais foram garantidos antes dos políticos e civis) se comparada aos demais países. Apesar de não ser correto afirmar que só existe um caminho a ser percorrido para se alcançar a cidadania, é certo que a cidadania e a democracia brasileiras foram afetados pelo caminho trilhado.

## 5 CONCLUSÃO

O percurso histórico brasileiro atravessa as heranças sociais decorrentes do passado escravocrata, colonial, patriarcal, de corrupção, de discriminação e intolerância (seja de raça, gênero, sexo ou religião) que tende a reaparecer ao longo dos anos de forma mais ou menos incisiva, mas sempre reforçada nos governos autoritários que ressurgem de tempos em tempos.

Ser cidadão em um Estado autoritário, se não for tarefa impossível, é, ao menos, bastante árdua e, talvez por isso, o desenvolvimento da cidadania brasileira tenha que se reiniciar e refortalecer a cada início de ciclo democrático. Somente diante de uma sociedade democrática é que estão garantidos os direitos fundamentais dos cidadãos.

Como apresentado anteriormente, embora a maioria dos brasileiros defenda a democracia como o melhor regime político, também a maioria está insatisfeita com a forma como o sistema está atualmente sendo gerido, principalmente em face dos diversos escândalos envolvendo corrupção que vêm sendo expostos ao público nos últimos tempos. Ou seja, provavelmente não é a democracia que está em crise no Brasil, mas sim a qualidade do regime, que não é satisfatória e resulta na crise de sua legitimidade.

Na medida em que a existência de um contrato social fortalecido pressupõe a concordância da maioria da população com a eficácia do acordo, a fragilidade da democracia (como consequência da ineficácia do contrato) resulta no decréscimo da disponibilidade da população em contribuir com a manutenção do Estado, o qual não retribui as suas expectativas.

A eficácia do contrato, em um regime democrático, significa, dentre outras coisas, que os cidadãos estão dispostos a arcar com custos tributários em troca da garantia dos seus direitos fundamentais. Caminhando adiante, destaque-se a outra face do pagamento de tributos no Estado Democrático de Direito, a qual representa a atuação do indivíduo em prol da igualdade e da liberdade da parcela da população menos favorecida economicamente.

Percebe-se, pois, que o contrato social no Brasil e em outros países latino-americanos está, de fato, fragilizado, mas pode e deve ser reforçado, principalmente por meio do aumento da cidadania fiscal e da confiança do povo no Estado. Por óbvio, não cabe apenas aos cidadãos fazerem sua parte, sendo imprescindível que o Estado cumpra com seus compromissos e seja transparente a esse respeito. Nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988, além de Econômica, é Cidadã e mantém em seu artigo 5º a previsão de garantia dos direitos dos cidadãos de uma República Democrática, que merece ter seu contrato social reforçado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Flávio Couto. Federalismo como instrumento democrático. In.: **Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano** [Recurso eletrônico on-line]. organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/

IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN; Coordenadores: Flávio Couto Bernardes, Marco Antônio César Villatore, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

BERNARDES, Flávio Couto; AZEVEDO BRANCO, Luiz Gustavo Faria de. Os limites do planejamento tributário em face do dever fundamental de pagar impostos. Publicado nos **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP. Novembro de 2009.

BERNARDES, Flávio Couto. MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Soberania de quem? O papel do povo nas democracias contemporâneas. **CONPEDI Law Review**, 2016. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3643 . Acesso realizado em 01/10/2020.

BERNARDES, Flávio Couto; PIMENTA, Victor Pimenta de. Jurisprudência Constitucional da Katchanga. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 42, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade – Para uma teoria geral da política**, 4.ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6.ªedição. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15ª edição. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BOVERO, Michelangelo. **Para uma teoria Neobobbiana da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**, 7.ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

DATAFOLHA, Instituto de Pesquisas. **Democracia e Ditadura**. 2020. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/06/1988776-apoio-a-democracia-atinge-75.shtml>. Acesso realizado em 20/07/2020.

FOA, R.S., KLASSEN, A., SLADE, M., RAND, A. and R. Collins. **The Global Satisfaction with Democracy Report 2020**. Cambridge, United Kingdom: Centre for the Future of Democracy, 2020.

GODOI, Marciano Seabra de; RESENDE, Elisângela Oliveira de. Educação fiscal: o que os tributaristas têm a ver com isso? In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVERIA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antônio Ferreira (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Fiscal, Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Salvador: Jus Podivm, 2019.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R.. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEÃO, Martha Toribio. **O direito fundamental de economizar tributos**: entre legalidade, liberdade e solidariedade. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEVITSKY, Steven. **Como morrem as democracias?** Participação em evento realizado pela Fundação Fernando Henrique Cardoso em 10/09/2018. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=8bX7EdK0-1M> Acesso realizado em 01/08/2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos. **Revista de Direito Mackenzie**. Ano 3, n. 2, 2012. p. 9-30. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/ 4913>. Acesso em 20/07/2020.

OECD. **Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Aroud the World**. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en#page241>. Acesso realizado no dia 25/07/2020.

OECD Development Centre Working Papers. **Taxation and More Representation?: On Fiscal Policy, Social Mobility and Democracy in Latin America. 2010.** Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/development/taxation-and-more-representation-on-fiscal-policy-social-mobility-and-democracy-in-latin-america_5km5zrrs9bbt-en#page1. Acesso realizado em 24/07/2020.

OECD, **Tax Morale: What Drives People and Businesses to Pay Tax?**, OECD Publishing: Paris, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1787/f3d8ea10-en. Acesso realizado em 25/07/2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TORGLER, Benno. *Tax morale in Latin America*. **Public Choice** 122, 133–157 (2005). Disponível em:https://doi.org/10.1007/s11127-005-5790-4. Acesso realizado em 24/07/2020.

TORRES, Heleno Taveiro. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thmpson Reuters Brasil, 2019.

WEFFORT, Francisco C.. **Os Clássicos da Política – Volume 01.** São Paulo: Editora Ática, 2004.

XAVIER, Gustavo Luiz de Matos. **Compliance tributário como ato de cidadania**. (2020) – No prelo.

# ROMPIMENTO DO PACTO CONSTITUCIONAL: de Adversários a Inimigos

# DISRUPTION OF THE CONSTITUCIONAL PACT: from Opponents into Enemies

Camila Ramos Celestino Silva[1]
Álvaro Ricardo de Souza Cruz[2]

**RESUMO:** Esse artigo trata da degeneração de democracia constitucional, a partir da transformação da figura do adversário político em um inimigo. Parte-se da perspectiva que arena pública de debates se tornou uma caixa de eco, o que levou a um esvaziamento do pluralismo político na esfera pública, fenômeno esse que é, especialmente, fomentado pela arquitetura das mídias sociais baseada em filtragem algorítmica, aliada às *fake news* promovidas por agente políticos e privados. Defende-se que essa degeneração democrática que transformou adversários em inimigos, no caso brasileiro, seria consequência de um rompimento do pacto constitucional pelos próprios atores políticos, o qual remonta desde a não aceitação dos resultados eleitorais, passando pela afronta a soberania do voto e, ainda, obscurecimento da transparência de informações e desrespeito às instituições democráticas.

**Palavras-chave**: Democracia, esfera pública, pacto constitucional, adversário, inimigo.

**ABSTRACT:** This article deals with the degeneration of constitutional democracy, from the transformation of the figure of the political opponent into an enemy. It starts from the perspective that the public arena of debates

[1] Mestranda em Constitucionalismo Democrático pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -PUC Minas. Especialista em Direito Público pelo Ius Gentium Conimbrigae – Faculdade de Direito de Coimbra e Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. E-mail: camilaramos.adv@outlook.com.br

[2] Pós-doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Procurador da República e Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -PUC Minas. E-mail: alvarocruz@mpf.mp.br

has become an echo chamber, which has led to an emptying of political pluralism in the public sphere, a phenomenon that is especially fostered by the architecture of social media based on algorithmic filtering, coupled with fake news promoted by political and private agents. It is argued that this democratic degeneration that turned adversaries into enemies, in the Brazilian case, would be a consequence of a disruption of the constitutional pact by the political actors themselves, which goes back to the non-acceptance of the electoral results, going through the affront to the sovereignty of the vote and, also, obscuring the transparency of information and disrespect for democratic institutions.

**Keywords**: Democracy, public sphere, constitucional pact, political opponent, enemy.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a democracia brasileira tem assistido a um processo de intensa degeneração, em que a arena política de debates se tornou uma caixa de eco: grupos sociais que apenas discutem entre si, sem que haja quaisquer canais de fluxo comunicativo. Debates sem porosidade e tolerância a argumentos divergentes levam ao esvaziamento do pluralismo político na esfera pública, essencial à democracia, e, também, ao descolamento das tomadas de decisão políticas às noções formadas nessas "bolhas". Esse fenômeno é, especialmente, fomentado pelas ferramentas de filtragem das redes sociais aliadas a *fake* news promovidas por agente políticos e privados. Dentre os impactos tem-se que a "verdade" tornou-se aquilo que se opta a acreditar, reduzindo a noção de "opinião pública" e "povo" a sua própria bolha.

Diante disso, o constitucionalismo democrático, que fundou-se a partir da concepção de acolhimento da pluralidade de projetos de vida e poderes que se freiam e contrapesam, reciprocamente, mostra risco de degeneração, substituindo a perspectiva adversarial democrática para a de inimigo, em que o "Outro" deve ser eliminado.

Para construir essa análise, parte-se de dois marcos teóricos: "democracia deliberativa" e do "pluralismo agonístico", à luz dos autores Jürgen Habermas e Chantal Mouffe, buscando uma leitura conciliadora de que uma democracia pauta-se no pluralismo de projetos de vida conflitantes e que o desafio da política democrática é traduzir esses conflitos em decisões político-jurídicas que sejam legítimas a partir do reconhecimento dos destinatários, por meio de uma identidade entre as decisões do centro político com os clamores da periferia.

Busca-se, nessa perspectiva, demonstrar que a degeneração democrática decorrente do esvaziamento do pluralismo na esfera pública e tribalização da sociedade são resultados de um processo de rompimento do pacto constitucional democrático, a partir da ruptura com a própria institucionalidade constitucional, a saber, as regras do jogo.

## 2 O PACTO CONSTITUCIONAL PELA DEMOCRACIA

A Constituição intenta habilitar a competição política, controlar o exercício de poder, assegurar o Estado de Direito e as regras básicas de justiça e, portanto, seu papel fundamental é permitir com que a sociedade coordene politicamente seus conflitos, a partir de procedimentos e princípios por ela assegurados. Portanto, a Constituição é um instrumento coordenativo condicionado pelas regras e valores que a habilitam e justificam (VILHENA, 2018, p.55*).*

Entretanto, um sistema constitucional por não dispor de um ente autônomo capaz de impor, imparcialmente, suas regras aos diversos atores, sua eficácia e permanência de reclamam especialmente adesão e autocomprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais ao pacto constitucional (VILHENA, 2018, p.56).

Konrad Hesse, em seu consagrado trabalho "A força normativa da Constituição" trouxe os pressupostos e condições para que as Constituições possuíssem e mantivessem sua eficácia e, nesse sentido, explica que a Constituição jurídica não pode se separar da realidade concreta do seu tempo. Contudo, ressalvou que a força normativa de um sistema constitucional não se resumiria a uma adaptação adequada a uma dada realidade (HESSE, 1991, p.19), pois também reclamaria o que chamou de "vontade de Constituição". Segundo Hesse, a vontade de Constituição baseia-se em três vertentes, a saber, o entendimento da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme, o entendimento de que a ordem constituída é mais do que simplesmente legitimada pelos fatos do momento originário e necessita de constante reafirmação de legitimação e, por fim, o entendimento de que a ordem normativa não logra êxito sem que haja um empreendimento ordenado de atos de vontade pela eficácia e manutenção da ordem constituída (HESSE, 1991, p. 19-20).

Adiante, Konrad Hesse detalha que desenvolvimento ideal da força normativa constitucional depende, além do seu conteúdo, da sua *praxis* e para isso é preciso que todos os partícipes da vida constitucional partilhem dessa concepção de "vontade da Constituição" e, com isso, estejam dispostos a

sacrificarem interesses próprios em prol da preservação de um princípio constitucional (HESSE, 1991, p.21-22).

Essas condições e pressupostos reclamam que os atores constitucionais estejam comprometidos, acima de tudo, com a manutenção da ordem constituída e, por conseguinte, tenham estreita deferência ao desenho constitucional posto, acima de seus interesses momentâneos e benefícios próprios, ainda que aparentem ser justos. Posto isso, questiona-se: uma vez constituída uma ordem democrática, assegurada por uma Constituição, qual seria o conteúdo mínimo de regras e procedimentos, para o qual os atores constitucionais deveriam se curvar em prol da manutenção da própria ordem constituída?

Em 1988, o poder constituinte brasileiro pactuou a democracia fundamentada pela soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, pelos valores sociais do trabalho e livre iniciativa e pelo pluralismo político. Dessa sorte, a força normativa da Constituição depende, dentre outras condições e pressupostos, que os atores constitucionais pactuem e se auto comprometam a respeitar e defender os procedimentos que assegurem esses fundamentos mínimos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como as instituições constituídas efetivamente promovam e protejam, através de suas competências, o catálogo de direitos fundamentais que resistem às investidas autocráticas.

Com efeito, o pacto constitucional pela democracia brasileira exige o respeito dos atores políticos e privados pela institucionalidade, pois se rompida essa, rompe-se o pacto constitucional em torno da próprio Estado Democrático de Direito, com isso, as barreiras que outrora protegiam a democracia sucumbem.

O debate acerca do conteúdo ou formas de garantir a institucionalidade do regime democrático não é pacífico, tampouco superado, mas ao que parece existe uma noção convergente que o desafio da política democrática é o de lidar com a justaposição de projetos de vida plurais e demandas de interesse heterogêneos, de sorte que diversos autores apresentam saídas competitivas, discursivas, agonísticas, conforme se destrinchará a seguir.

## 3 DEMOCRACIA E ESFERA PÚBLICA: A DELIBERAÇÃO E O PLURALISMO AGONÍSITICO

Jürgen Habermas demonstrou a conciliação entre Estado de Direito e Democracia (HABERMAS, 1997, vol. II:310), mediando a tensão entre facticidade e validade, através da superação da dicotomia, até então colocada, entre autonomia pública e privada. Para tanto, desenvolveu a chamada Teoria

Discursiva do Direito e da Democracia, na qual sua digressão argumentativa voltou-se para a investigação e demonstração de como a legitimidade do direito deve ter como pressuposto o processo democrático, investigando, a partir disso, efetiva fonte legitimadora desse processo. (HABERMAS,1997, vol. I, p.24).

Dessa forma, Habermas (CRUZ, 2006, p.134) apostou no procedimentalismo e propôs um constitucionalismo dialógico/discursivo, fundado na avaliação imparcial de questões difíceis, assumindo o pressuposto de um desenho institucional pautado na noção de reciprocidade, que permita surgir projetos de vida distintos. Portanto, para Habermas, a legitimidade das normas e do sistema político depende da aceitação das normas pelos cidadãos (HABERMAS, 2002, p. 16), o qual ocorre mediante um procedimento apto a vincular as vontades dos cidadãos ao conteúdo de uma norma produzida em um processo racional e dialógico de argumentação (HABERMAS, 1997, p.29).

Assim, o procedimento e deliberação constituem o cerne do processo democrático no marco habermasiano, razão pela qual os pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade funcionam como a "eclusa" mais importante para a racionalização discursiva das decisões no âmbito institucional (LUBENOW, 2010, p.234).

> A chave da concepção procedimental de democracia consiste precisamente no fato de que o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação às quais devem fundamentar a suposição de racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo. (HABERMAS, 1992, p.368)

Com efeito, os procedimentos democráticos propostos por Habermas alcançam resultados racionais na medida em que a formação da opinião pública e da vontade institucionalizada é sensível aos resultados de sua formação informal da opinião que resulta das esferas públicas autônomas e que se formam ao seu redor (LUBENOW, 2010, p.234), nesse sentido:

> Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los, e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. (HABERMAS, 1992, p. 435)

Habermas (1997, vol.II, p. 92) esclareceu que a esfera pública não pode ser compreendida como uma instituição ou organização, vez que não constitui uma estrutura normativa. Tampouco trata-se de um sistema, pois, ainda que

seja possível delinear seus limites internos, a esfera pública se caracteriza por meio de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. Posto isso, apresenta conceito de esfera pública como sendo "uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões, nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos" (HABERMAS, 1992, p.452). Portanto, para o autor, a esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicativa de formação da opinião pública, enraizada no mundo da vida através da sociedade civil.

Assim, conforme sintetiza Lubenow (2012, p. 205), Habermas concebeu a esfera pública como espaço irrestrito de comunicação e deliberação pública, não estabelecido, limitado ou restringido *aprioristicamente*, os elementos constitutivos não podem ser antecipados. Em princípio, está aberta para todo âmbito social, de forma que não existem temas ou contribuições aprioristicamente englobados ou excluídos. Com efeito, a esfera pública é sempre indeterminada quanto ao conteúdo da agenda política e aos indivíduos e grupos que nela podem figurar.

Chantal Mouffe (2003, p.13), também, defendeu a necessidade de uma esfera pública vibrante em que muitas visões conflitantes posam se expressar e onde haja uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos, como requisito para uma sociedade, verdadeiramente, democrática. Contudo a autora é crítica dos modelos deliberativos de democracia, por acreditar que, ao defenderem os consensos deliberativos, negam o antagonismo e o conflito social inerente a pluralidade das identidades políticas (2003, p.12-13).

Mouffe recuperou o pensamento de Carl Schmitt acerca da relação amigo/inimigo no contexto democrático, desenvolvido em "*O conceito de político".* Schmitt, segundo Mouffe, propõe o caráter relacional das identidades políticas, de modo que a criação de um "nós" somente pode existir pela demarcação de um "eles" (2015, posição 437). Por se tratar de uma relação constitutiva de identidade, a partir de uma demarcação de uma diferença externa, Mouffe destaca que um dos conceitos fundamentais trazidos por Schmitt é que toda forma de consenso entre identidades políticas diversas, portanto, se baseia em atos de exclusão, com efeito, seria impossível pensar em um consenso racional plenamente inclusivo (2015, posição 410) e nesse sentido aduz que "o que o antagonismo revela é o próprio limite de qualquer consenso racional" (MOUFFE, 2015, posição 410).

Para Chantal Mouffe, a distinção entre amigo/inimigo e natureza conflituosa da política constituem o ponto de partida indispensável para pensar os objetivos da política democrática, pois, segundo a autora, somente pelo reconhecimento da dimensão antagonística do "político" é que podemos avançar

a questão fundamental da democracia política (MOUFFE, 2015, posição 441). Com efeito, a autora aduz que diversamente dos marcos deliberativos e agregativos da democracia, os quais denomina de liberais, que fazem crer que a especificidade da política democrática seria a superação da oposição nós/eles, a política democrática presta-se para a formulação de uma distinção de nós/eles em modo compatível com o pluralismo, sem causar a destruição do ente político. (MOUFFE, 2015, posição 452).

Assim explica que para ser aceito como legítimo o conflito precisa assumir uma forma que não destrua o ente político, o que implica a existência de um vínculo comum entre as partes conflitantes para que elas não tratem seus oponente como inimigos que devam ser erradicados ou ainda que considerem que suas pretensões são ilegítimas, que seria exatamente a conformação da relação antagonística amigo/inimigo. (MOUFFE, 2015, posição 549).

Para tanto, propôs o que chamou de modelo "agonístico", no qual a relação entre nós/eles é uma relação entre conflitantes que, embora reconheçam não possuírem nada em comum que possa dar uma solução racional para o conflito, ainda assim reconhecem a legitimidade de seus oponentes. Eles são adversários, não inimigos e, se consideram pertencentes de um mesmo ente político, partilhando um mesmo espaço simbólico do qual tem lugar o conflito. Portanto, defende Mouffe que a tarefa da democracia é transformar antagonismo em agonismo. (MOUFFE, 2015, posição 558)

Chantal Mouffe defende que o "adversário" é categoria essencial para a política democrática, poque o modelo adversarial permite que a política democrática transforme o antagonismo, inerente a formação das identidades políticas, em agonismo. Para tanto, adiciona Mouffe, é preciso haver canais políticos legítimos em que as vozes discordantes se manifestem, pois do contrário a discordância tende a assumir formas violentas e disruptivas (2015, posição 569) à margem dos centros de decisão.

Ressalta, por fim, que o conceito de "adversário" nos marcos deliberativo-liberais não é eliminado, mas sim sublimado, na medida em que é reduzido a competidor, pois o espaço da política seria um terreno neutro em que diversos atores disputam igualmente por posição de poder, cujo objetivo é tão somente substituir a posição do outro. Contudo, segundo Mouffe, o agonismo enfrenta, justamente, a configuração das relações de poder em torno da qual a sociedade é regulada, qual seja, a disputa entre projetos hegemônicos opostos que jamais poderão ser acomodados racionalmente. Porém, seu propósito não é eliminar esse conflito e, sim, desenvolver condições que regulem o procedimento democrático, de forma a ser aceito, reciprocamente, por seus adversários (MOUFFE, 2015, posições 569 – 580).

Em que pese a inexorável divergência apresentada por Mouffe à democracia deliberativa habermasiana, ao que parece é possível fazer uma leitura

conciliadora entre a proposta de Mouffe e de Habermas, na medida em que ambos acreditam e defendem o estabelecimento de procedimentos democráticos, que permitam a ampla exposição e confronto dos divergentes projetos de vida, como essencial à política democrática.

Pelos excertos e análises trazidas das obras de Habermas, depreende-se que a ideia de um resultado racional por meio de um procedimento democrático não reclama um consenso em que todas as partes passem a acreditar em um pensamento hegemônico, pois teriam alcançado a melhor resposta substantivamente. Mas, sim, decorrem de canais de participação e influência na esfera pública que sejam amplamente receptivos e abertos aos discursos divergentes e plurais, de modo que a decisão tomada possa ser reconhecida como legítima pela pluralidade de pessoas, não pelo seu conteúdo tão somente, mas por sua abertura discursiva. Da mesma forma, Mouffe defende que a esfera pública seja aberta e receptiva ao conflito social inerente a uma sociedade plural e, para tanto, é preciso o desenvolvimento de um procedimento democrático, que se torne um vínculo comum entre os adversários, de modo que ainda que derrotados, o adversário continue reconhecendo a legitimidade do "outro", em razão da vinculação ao mesmo ente político.

Com isso, a proposta deliberativa de Habermas encontra sua possibilidade através de um procedimentalismo discursivo, ao passo que Mouffe apresenta um procedimentalismo agonístico ou dialético. Entretanto, é possível traçar uma linha comum entre ambos: o estabelecimento de um procedimento democrático pautado na abertura da participação e contestação, em que opositores ou adversários reconheçam a legitimidade da decisão política em razão de reconheceram estar no enquadramento da mesma moldura política.

## 4 O ROMPIMENTO DO PACTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Recentemente, Chantal Mouffe, em análise ao cenário de avanço de discursos populistas autoritários de extrema direta pela Europa Ocidental, apontou como uma das causas dessa erosão democrática a vivência dos últimos trinta anos de um modelo hegemônico democrático, pautado no consenso, o qual chamou de "pós-política" (2019, p.7). Segundo a autora, a pós-política é o obscurecimento das fronteiras políticas entre direita e esquerda e que isso seria o resultado de uma política de consenso estabelecida entre partidos de centro-direita e centro-esquerda (MOUFFE, 2019, p.7*).* Com efeito, a política teria se tornado uma questão meramente técnica de gerência a ordem estabelecida e, assim, segundo a autora, a ideia de soberania do povo, noção basilar do ideal democrático, teria se tornado obsoleta (MOUFFE, 2019, p.7*).*

Em resumo "a confrontação agonística entre diferentes projetos políticos, crucial a política democrática, teria sido eliminada" (MOUFFE, 2019, p.7*).*

Segundo Mouffe diante disso, líderes de extrema direita passaram a proclamar que trariam de volta voz a essas pessoas, a qual teria sido confiscada pelas elites políticas que se alternam entre poderes. E, mais, eles compreenderam que a política é sempre partidária e, portanto, isso requer uma construção "nós/eles", de modo que desenharam um trincheira entre "povo" e "*establishment",* e, por conseguinte, rejeitaram, abertamente, a pós-política do consenso (2019, p.8), contudo em uma linguagem violenta e inimizante.

A análise trazida por Chantal Mouffe, de fato, mostra-se correspondente a realidade quando destaca que houve uma apatia política, um distanciamento entre "povo" e "classe política" e que isso é recurso discursivo para líderes populistas se colocarem como porta-voz de uma política *anti-establishment,* desenvolvendo não mais um dicotomia nós/eles, a partir de uma perspectiva adversarial e, sim, amigo/inimigo, em que o se busca é a erradicação do outro.

Contudo, ao menos no caso brasileiro, o que se pretende demonstrar é que o momento erosivo democrático que se observa não fora um resultado de uma falha da democracia deliberativa pautada em consensos e, sim, um desprendimento dos próprios atores políticos, daquilo que Mouffe chamou de "vínculo comum dos adversários" ou que Konrad Hesse chamou de "vontade da Constituição", isto é, de regras, princípios e procedimentos inerentes ao pacto constitucional pela democracia.

E, conforme se verá a seguir, houve uma sequência de atos de agentes políticos e privados, a fim de obstruir o debate adversarial do nós/eles para a construção do inimigo comum.

## 4.1 Primeiro ato: a não aceitação dos resultados eleitorais e destituição do governo eleito

Pode-se dizer que os últimos assistiram a uma derrocada da institucionalidade que foi capaz de transformar a esfera pública, antes preenchida pelo debate adversarial, em uma trincheira de disputas entre inimigos. Contudo, para compreender a complexidade desse momento é preciso retomar às eleições de 2014, quando parece ter havido primeiro grande aviso: o questionamento dos resultados eleitorais ou, ainda, a não aceitação da derrota.

O pós-1988 foi marcado por eleições sem grandes sobressaltos, de modo que o período de 1989, 1994, 1998, 2002, 2006 e 2010 constitui-se como o ciclo mais longo da história do país sem contestação dos resultados eleitorais (AVRITZER, 2019, p.51). Entretanto, os resultados eleitorais

da eleição presencial de 2014 romperam com esse período de estabilidade: tão logo derrotado, o partido do então presidenciável vencido protocolou Ação de Investigação Judicial Eleitoral, na qual arguiam suposta prática de abuso de poder político e econômico em benefício dos candidatos à Presidência e à Vice-Presidência da República pela coligação Com a Força do Povo nas eleições de 2014. Ocorre que em sua fundamentação apontou que a presidente eleita e seu vice "obtiveram pífia vitória nas urnas" e alegaram que a "legitimidade dos reeleitos era extremamente tênue":

> Cabe assinalar, contudo, que a despeito de tudo, os requeridos obtiveram pífia vitória nas urnas. A diferença entre as duas chapas em disputa no segundo turno foi de apenas 2,28%, num universo de 105.542.273 votos válidos. Ora, somados os votos em branco e nulos (1,71% e 4,63% do total de 112.683.273 de votos apurados, respectivamente), tem-se que a legitimidade dos reeleitos é extremamente tênue. Por isso, o exame das questões aqui suscitadas há de se fazer com extremo cuidado, para que não se sacrifique a legitimidade democrática. (PSDB, AIJE nº 1943-58, 2014.)

Ao lado dos mecanismos institucionais que buscaram para deslegitimar a vitória eleitoral da chapa eleita, o então presidenciável derrotado, em entrevistas à imprensa, dizia não aceitar o resultado das eleições, pois teria sido derrotado, segundo ele, por uma organização criminosa[3]. Nesse ponto, segundo Avritzer (2019, p.58), o então senador faz uma falsa relação entre as investigações da operação Lava Jato, que nesse momento davam seus primeiros passos, e a campanha da Presidente eleita Dilma Roussef, como uma tentativa de descredenciar a vitória e associá-la a um esquema de corrupção de financiamento de campanha.

Ocorre que da perspectiva institucional, as eleições ainda estão no cerne da democracia, pois, em que pese as divergências e discussões, o teóricos políticos parecem convergir que a escolha livre, periódica e competitiva dos líderes políticos é requisito necessário do regime democrático (Sartori, 1987; Dahl, 1997; Bobbio, 1990), ainda que não suficiente. Segundo Nadia Urbanati (2006, p.206), "especificidade e a singularidade da democracia moderna estão necessariamente baseadas, ainda que a isso não se limitem, no lançamento das 'pedras de papel' por intermédio do voto".

[3] Entrevista concedida por Aécio Neves ao Globo News em 30/11/2014. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/eu-perdi-eleicao-para-uma-organizacao-criminosa-diz-aecio-neves-14703942

Portanto, embora a legitimidade democrática e a soberania popular não se encerrem em resultados eleitorais majoritários, esses são pilares originários. Nesse sentido, leciona José Jairo Gomes "assim, a soberania popular se revela no poder incontrastável de decidir. É ela que confere legitimidade ao exercício do poder estatal. Tal legitimidade só é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas". (GOMES, 2011, p.38)

Diante disso, a conduta pós eleitoral do adversário vencido em 2014 revelou, em última instância, um ataque aos resultados eleitorais e, por conseguinte, à própria soberania. Isso, pois, ao reduzirem a vitória eleitoral da chapa vencedora a "pífia" e, ainda, pautar sua legitimidade como "tênue", o adversário derrotado atacou das regras do jogo democrático, introduzindo nuances inexistentes e sujeitou a legitimidade democrática e a soberania popular um parâmetro externo e subjetivo, a saber, o contento dos derrotados.

Em que pese a decisão do Superior Tribunal Eleitoral quanto a ausência de abuso de poder econômico nos autos da AIJE nº 1943-58, bem como declarações dos próprios Ministros do TSE que lá não seria palco de um terceiro turno, as manifestações de 2013, aliado ao desgaste do partido eleito, PT, a crise econômica somou-se à tribalização da política. E, com isso, abriu-se um terceiro turno de eleições que parece prorrogar até os dias de hoje.

O fortalecimento das manifestações da oposição vencida no sentido de deslegitimar o resultado eleitoral aliado ao demais fatores descritos trouxeram uma fissão a soberania do voto popular, qual seja, a institucionalidade das urnas pode ser questionada e não representaria a "vontade do povo" e, ainda, lançou-se as base que a candidata vitoriosa nas urnas seria inaceitável. Com isso, se as eleições são instituídas pela ordem constitucional vigente como forma primeira de revelar a "soberania popular", ao se acusar e veicular amplamente que uma determinada vitória das urnas não possuía legitimidade democrática, a institucionalidade constitucional brasileira sofreu seu primeiro *golpe.*

Em sequência, novamente o governo eleito sofreu questionamento, a partir da abertura de um processo de impeachment da Presidente eleita. Acusada de crime de responsabilidade em razão de supostas "pedaladas fiscais"[4], Dilma Roussef foi destituída do cargo. A conduta da Presidente que, supostamente, subsumiu-se ao tipo descrito no crime de responsabilidade tratou-se da edição de decretos de créditos suplementares à luz da lei orçamentária para cobrir déficit das metas fiscais primária. Contudo, conforme

[4] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão no processo TC nº 005.335/2015-9. Recomendou a rejeição das contas de 2014 da Presidência da República. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D439148632B. Acesso: 02/10/2020.

explica Ricardo Lodi (2016), as condutas julgadas como crime de responsabilidade eram rotinas corriqueiras da Administração Pública, referendadas pelos órgãos de controle, mas que em 2014 sofreram uma mudança de interpretação radicalmente oposta a até então empregada:

> (...) É que, ao longo do ano de 2009, verificou-se a impossibilidade de atingimento da meta fiscal prevista na LDO, o que exigiu, como em 2014 e 2015, o encaminhamento de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo para o Congresso Nacional, e, antes mesmo da sua aprovação pela Lei nº 12.053, de 09 de outubro de 2009, o Governo passou a utilizar a nova meta para a elevação dos limites de empenho. Tal procedimento foi expressamente analisado pelo TCU, tendo sido considerado legítimo no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2009.
>
> Registre-se que o mesmo fenômeno aconteceu em 2010, quando a meta primária prevista na LDO 2010 revelou-se inalcançável, o que ensejou o encaminhamento pelo Poder Executivo de projeto de lei que só foi aprovado em 30/12/10, pela Lei nº 12.377/10. Com a alteração da meta, foram legitimados os estornos e a abertura de créditos suplementares a ela subordinadas. O procedimento também foi aprovado pelo TCU , como se verifica no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2010.
>
> Vale destacar que o Congresso Nacional aprovou as contas dos exercícios de 2009 e 2010, nos termos dos pareceres do TCU, ainda que existisse revisão legal da meta fiscal, o que passou, naqueles exercícios, a legitimar a abertura de créditos suplementares por decreto.
>
> Já em 2014, em decisão que discrepa da sua própria jurisprudência, o Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República Exercício 2014 propõe a rejeição das contas com base nessa questão, o que embasou o aludido pedido de impeachment. Nota-se aí uma mudança de 180º no entendimento do TCU a respeito de um ponto fulcral no deslinde da questão: a influência da modificação legal superveniente da meta primária em relação a prática de atos vinculados à gestão orçamentária, no período de tempo entre o encaminhamento do projeto de lei e a sua aprovação pelo Parlamento. Até 2014, admitia-se a prática com grande tranquilidade, sem sequer fazer qualquer ressalva ou recomendação quanto ao seu uso, o que deu a todos os destinatários das normas de direito financeiro no Brasil a certeza de que o procedimento era aceito pelo TCU. Surpreendentemente, em 2014, o entendimento mudou diametralmente. (LODI, 2016, n. 57)

Isso revela que o argumento que fundamentou o impeachment da Presidente Dilma Roussef fora circunstancial, inovador, retroativo e contraditório com o entendimento jurídico-político até então adotado pelos órgãos de controle no Brasil.

Entretanto, apesar das divergências acerca se houve ou não crime de responsabilidade que justificasse o impeachment, a posterior fala do então senador Cristovam Buarque durante os debates de votação da PEC 241/2016, a chamada "PEC do Teto", cujo teor, sinteticamente, seria o congelamento dos gastos públicos por vinte anos a contar da sua promulgação, ilustra a essencial problemática do processo de impedimento de 2016 e sua quebra de institucionalidade.

Durante embate do então senador do PPS com a senadora petista, Gleice Hoffman, na sessão de 20 de outubro de 2016, o senador Cristovam Buarque afirma que a credibilidade do país não viria do então Presidente Temer, pois ele e a ex-Presidente Dilma Roussef ficaram dez anos juntos. Assim, questionado pela senadora Gleice Hoffman o porquê então de terem votado favoravelmente ao impeachment, o senador Cristovam Buarque assertivamente diz "*pela PEC do Teto, que a senhora não quer votar*"[5]. Com essa fala, o senador revelou que a intenção por de trás do impeachment da Presidente eleita seria uma substituição do programa e projeto político vencedor das urnas e instaurar uma nova proposta alinhada com outros interesses, com um *mote* de austeridade fiscal e redução de gastos públicos, o qual supostamente traria maior credibilidade ao país.

Ocorre que, conforme aludido por Ronald Dworkin, a competência para destituir um presidente é uma "arma nuclear" constitucional e, somente, deve ser utilizada diante a mais grave emergência, pois isso dá aos políticos os meios para desestruturar os princípios fundamentais da estrutura constitucional. (DWORKIN, 1999, p.1)

Dessa forma, se utilizado com instrumento de destituição de um projeto político eleito, o instituto do *impeachment* provoca uma implosão no próprio ordenamento constitucional democrático, pois esvazia seu sentido de controle, fiscalização e sanção do Poder Executivo e o lança ao campo do alvedrio do Poder Legislativo, o que afronta diretamente a soberania popular revelada pelo resultado eleitoral. Nesse sentido, recupera-se trecho do artigo de Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri (2016):

[5] SEN. Cristovam Buarque assume razão do golpe: aprovar a PEC 241. Publicado pelo canal Romulus Maya. Youtube, 26/10/2016.1 vídeo (59 segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NUwPPVuHngU&feature=emb_logo>. Acesso 02/10/2020.

> Neste sentido, a ideia de que o impeachment é uma arma nuclear, cujos efeitos podem ser devastadores sobre a estrutura democrática-constitucional, comporta a seguinte consideração: nos sistemas presidencialistas, nos casos em que ele se justifica, observados os critérios de admissibilidade e demais requisitos legais e constitucionais, materiais e procedimentais, ele pode ser considerado como uma válvula de escape para remover a presidente da República, não sem demonstrar a fragilidade da estrutura de governo e uma certa resiliência da estrutura democrática-constitucional. Isso consiste em uma saída para um gravíssimo erro político-administrativo cometido. Vale dizer que, no limite, não havia outra alternativa: uma arma nuclear que pode ser compreendida como uma arma máxima de autodefesa. Diferente disso é quando o impeachment não se justifica, pois as condições legais e constitucionais para o seu uso não se verificam. (KOZICKI; CHUERI, 2016)

Portanto, a institucionalidade que assegurava a manutenção da soberania popular pela vitória eleitoral foi rompida quando o órgão de controle e fiscalização do Poder Executivo, o Congresso Nacional, lançou mão de artifício legal, fundamentado em inédita e frágil interpretação. Novamente, reforçou-se a ideia de o partido vencedor em 2014 seria inaceitável e sua destituição caberia a qualquer custo, consolidando, assim, o fim da perspectiva adversarial política até então posta, e a emersão relação de inimigos em relação ao Partido dos Trabalhadores.

## 4.2 Segundo Ato: o discurso fundamentalista para a construção do inimigo

A partir da inadmissão do resultado eleitoral de 2014, que culminou a retirada da Presidente eleita do seu cargo, a arena pública brasileira aprofundou ainda mais na polarização política que passou a ser demarcada por um fundamentalismo.

A compreensão conceitual de fundamentalismo não se resume a uma perspectiva religiosa e sim representa uma atitude daquele que confere caráter absoluto ao seu ponto de vista (BOFF, 2002, p.25). Com efeito, fundamentalismo seria uma chave de interpretar e viver determinadas doutrinas, de modo a " (...) assumir a letra das doutrinas e normas sem cuidar de seu espírito e de sua inserção no processo sempre cambiante da história, que obriga a contínuas interpretações e atualizações, exatamente para manter sua verdade essencial" (BOFF, 2002, p.25). A principal consequência do fundamentalismo é a intolerância do outro, pois quem se sente portador da

verdade é incapaz de tolerar outra verdade e, assim, a intolerância leva ao desprezo que leva a agressividade, por sua vez, leva a guerra contra o outro que deve ser exterminado (BOFF, 2002, p.25).

Dessa forma o fundamentalismo aplicado ao discurso político vai de encontro ao princípio do pluralismo político, isto é, da convivência com múltiplas identidades e visões de mundo. Com efeito, o extremismo político não respeita as oposições do jogo democrático e rejeita a ideia de saber lidar com o outro.

Assim, discursos fundamentalistas são instrumentos essenciais para a criação da relação amigo/inimigo, a qual ocorre quando "se acredita que o 'eles' está questionando a identidade do 'nós' e ameaçando sua existência" (MOUFFE, 2015, posição 484).

A ascensão da popularidade de Jair Bolsonaro foi fortemente marcada pelo discurso fundamentalista e pela construção do inimigo: em nome de Deus e da Família, Bolsonaro se aportou como um mensageiro dos valores tradicionais que estariam sendo destruídos por "uma minoria", se colocando, portanto, não como uma voz de oposição, mas sim como antítese de um suposto projeto político que ameaçava a existência daqueles que pensavam como ele. A exemplo, Bolsonaro ao longo de sua trajetória política proferiu diversas declarações em que afirmou a incompatibilidade do respeito e manutenção das minorias sociais e políticas:

> "Vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre" (BOLSONARO, Jair. Comício político. Paraíba: 07/2018)
>
> "Deus acima de tudo. Não tem essa historinha de Estado laico não. O Estado é cristão e a minoria que for contra que se mude. As minorias têm que se curvar para as maiorias" (BOLSONARO, Jair. Encontro com líderes religiosos, Paraíba: 2017).
>
> "Eu tenho pena do empresário no Brasil, porque é uma desgraça você ser patrão no nosso país, com tantos direitos trabalhistas. Entre um homem e uma mulher jovem, o que o empresário pensa? "Poxa, essa mulher tá com aliança no dedo, daqui a pouco engravida, seis meses de licença-maternidade…" Bonito pra c…, pra c…! Quem que vai pagar a conta? O empregador. No final, ele abate no INSS, mas quebrou o ritmo de trabalho. Quando ela voltar, vai ter mais um mês de férias, ou seja, ela trabalhou cinco meses em um ano" (BOLSONARO, Jair. Entrevista Jornalística. Zero Hora, Rio de Janeiro: 12/2014)
>
> "Seria incapaz de amar um filho homossexual. Não vou dar uma de hipócrita aqui: prefiro que um filho meu morra num acidente do que

> apareça com um bigodudo por aí. Para mim ele vai ter morrido mesmo" (BOLSONARO, Jair. Entrevista jornalística. Playboy. Rio de Janeiro: 06/2011).

Por essas falas, nota-se que a construção do discurso de Jair Bolsonaro passa pelo campo da eliminação e erradicação do "Outro", pois o trata não como legítimo adversário político e, sim, como inimigo a ser erradicado que impede ou obstrui a sua própria existência.

Assim, a ascensão do discurso fundamentalista rompe com outro pilar do Estado Democrático de Direito: o compromisso com o pluralismo político e a defesa da proteção da diversidade, deslocando-se para uma seara de discursos de homogeneização e exclusão do "Outro".

## 4.3 Terceiro Ato: esvaziamento da esfera pública por meio das bolhas virtuais

A esfera pública, como tratado no título anterior, é essencial à democracia. No marco habermasiano (HABERMAS, 2006: 415-416) descreve-se esfera pública como um sistema de comunicação intermediário entre deliberações informais e organizadas formalmente em arenas que se localizam no topo e na base do sistema político, isto é, intermediam a comunicação entre o Estado e sistema político e os setores privados do mundo da vida. Assim, no centro desse sistema político estão as instituições típica das tomadas de decisão, quais sejam: parlamentos, tribunais, agências administrativas e governo, de modo que cada ramo pode ser descrito como uma arena deliberativa especializada. Na periferia desse sistema político, a esfera pública está enraizada em redes de intensos fluxos de mensagens com um conteúdo informativo, polêmico, educacional ou entretenimento.

Em síntese, o espaço público descrito na perspectiva habermasiana deve estar aberto a receber os influxos comunicativos e deliberativos de forma ampla e irrestrita, a fim de influenciar a formação de decisões políticas, motivo pelo qual não se limita, *aprioristamente*, conteúdo ou agendas aos indivíduos que figuram nesse espaço. Dessa forma, a porosidade da esfera pública que permite a absorção de uma pluralidade de argumentos é o que viabiliza formação e deliberação da decisão política racional e dialógica, pois formada a partir do pluralismo político e, portanto, apta a refletir as nuances, divergências e convergência sociais.

A arena pública digital não fora objeto de estudo por Habermas, porém, conforme defende Eduardo Magrani (2014, p. 25), é possível compreender as

plataformas digitais como esferas públicas abstratas, dotadas de grande potencial comunicativo e democrático. Isso, pois, atualmente é espaço utilizado para o compartilhamento de informações e para promoverem, especificamente, maior participação e engajamento em questões de interesse público.

Esse engajamento pode ser confirmando através das recentes pesquisas, como "Pesquisa Brasileira de Mídia – 2016: Hábitos de consumo de Mídia", a qual revelou que 89% dos entrevistados entendem que é possível obter informações mais diversas na internet do que nos canais de TV aberta (MARTINS, 2017). Portanto, constata-se que o espaço virtual tem sido entendido como esfera de informações e interações sociais e políticas de grande parte da população.

Entretanto, Eduardo Magrani (2014, p.119) explica que "a internet estaria se transformando em um espaço no qual é mostrado o que se acha que é do nosso interesse, mas nos é ocultado aquilo que desejamos ou eventualmente precisamos ver" e que os indivíduos passam se afastar dos pontos de vista divergentes dos seus, de sorte a empobrecer o valor do debate na esfera pública virtual e, por conseguinte, enfraquecer o debate democrático. Isso, se deve à engenharia algorítmica da redes que promove o direcionamento do usuário a um "espaço virtual" que coincide com seus supostos interesses, a partir do uso da ferramenta conhecida como "*Filter Bubble*" ou filtros-bolha, termo cunhado por Eli Pariser (2011) em sua obra "*The Filter Bubble: what Internet is hidding from you*".

Pariser (2011, p. 13-14) alertou que os algoritmos produziam filtros baseados nos hábitos de "clique" dos usuários e que que apesar dos *filter bubbles* terem sido concebidos para personalizarem propagandas aos usuários, eles também atuam nos feeds de notícias e mídias sociais, o que ocasionaria uma redução na diversidade dos discursos públicos e consequentemente, prejuízos à democracia. Cass Sunstein (2007), ao seu turno, analisa que os impactos democráticos advindos da extensa possibilidade de filtragem acarretariam sérios problemas democráticos desde sua obra "Republic.com 2.0", na qual apontou que os indivíduos deixariam de ter acesso a informações que não escolheram e a situações que não vivenciaram. E, com isso, acabariam sendo criadas "câmaras de eco" ou "casulos de informação" e, consequentemente, ocorreria a fragmentação de informações e polarização dos grupos, gerando extremismo, ódio, violência, risco das escolhas dos indivíduos gerarem pouquíssima informação e, ainda, o pensamento de que liberdade significa satisfação das preferências privadas (SUNSTEIN, 2007,p. 44-45).

E dessas "câmaras de eco" decorre outra consequência fortalecimento do "viés confirmatório ou viés de confirmação", que significa que o usuário ao

ler notícias e informações que corroboram seus pensamentos, tende a fortalecer ainda mais seus próprios preconceitos e opiniões, pois não é exposto a pontos de vista divergentes dos seus (MARCHETTI, 2020).

As "câmaras de eco" formadas nas plataformas digitais tornaram-se um verdadeiro desafio à formação do discurso público na medida em que criaram uma esfera pública forjada, pois, a filtragem por algoritmos, a qual se vende como neutra e imparcial, na medida que se mantém opaca por não possuírem transparência suficiente no recorte informacional e algorítmico que realizam, dão ao usuário uma falsa noção de que as informações possuem um fluxo neutro e livre (MAGRANI, 2019, p.159). E, ainda, conforme elucida Magrani, os "filters bubbles" permitem um grau de personalização e direcionamento em escala ainda maior do que as mídias de massa.

Assim, esses filtros-bolha impedem que as pessoas, verdadeiramente, se conectem às outras que não compartilhariam os mesmos gostos, preferências ou opiniões, inviabilizando o intercâmbio e permeabilidade de pluralidade de perspectivas, característica essencial à esfera pública e, portanto, essencial ao procedimento democrático.

Com efeito, a engenharia algorítmica passa a absorver a arena digital e provoca obstrução ao pluralismo político, de forma a fraudar a esfera pública, na medida em que restringe a comunicação, o acesso à informação e amplo debate. Por conseguinte, as eloquentes opiniões lá formadas e publicadas não possuem caráter de opinião pública democrática, pois formam-se a partir de ecos manipulados, que enfatizam vieses confirmatórios dos seus usuários, de modo que "uma massa de pessoas começa a viver uma experiência filtrada" (PARISER, 2012, p.18).

## 4.4 Gran Finale: a manipulação dos resultados eleitorais por meio das *fake news*

Ao lado do fomento ao viés confirmatório oriundo das caixas de eco, a arquitetura das redes sociais permite, atualmente, outra e talvez a maior ameaça à democracia: a viralização das notícias falsas.

Conforme explica Gloria Marchetti (2020) a partir do uso de uma ferramenta chamada *profiling* é possível conhecer as orientações e preconceitos dos usuários. Aproveitando o perfil, os políticos tendem a dar mais destaque às notícias que podem dar-lhes maior visibilidade e despertar empatia e emoções nos usuários. Com isso, objetivo da informação política passa a ser não é mais informar sobre a atividade de políticos ou partidos, mas obter consenso e desacreditar opositores e suas ações, por meio da criação de notícias

falsas e da realidade circunstancial e momentânea. E, segundo Marchetti (2020), por meio desse perfilamento, o uso das plataformas de mídias sociais possibilita orientar a opinião pública, limitando a comparação com uma pluralidade de posições e informações e podem ser capazes de manipular os eleitores e, consequentemente, seu voto.

Com isso, os filtros-bolhas associados às notícias manipuladas, fazem com o que ressoe nos "casulos de informação" (SUNSTEIN, 2007, 2017) seja a reprodução de notícias e informações distorcidas, planejadas e pensadas para aquele nicho. E, em razão do viés confirmatório mencionado, bem como a ausência de confrontação da informação, as pessoas inseridas naquela bolha tendem a credibilizar de imediato a informação, ainda que seja falsa. Isso, pois, além de "chegarem" de uma forma pretensiosamente neutra, uma vez que sua escolha e apresentação é feita de forma opaca, pois oriunda de filtragem algorítmica, cuja metodologia é imposta e desconhecida pelos usuários (PARISER, 2012, p.15), coincide com suas predisposições e pensamentos, o que revela um dos obstáculos ao combate das notícias falsas, vez que, muitas das vezes, confirmam o que os leitores "gostariam" de ler.

Diante desse cenário, provoca-se ferida à sensível relação entre democracia e verdade. O historiador e professor de Yale, Timothy Snyder, em seu texto "*Fascism is back. Blame the internet*" (2018), expõe seus temores em relação à internet. Snyder partiu da premissa de que a democracia, enquanto método de governo, surge no mundo material, em que cada interlocutor pode ser fisicamente identificado e o mundo pode ser discutido e verificado. Assim, aduziu que a democracia moderna se assenta na noção de "espaço" público onde, ainda que não possamos ver todos os cidadãos pares e verificar os fatos conjuntamente, teremos instituições como a ciência e o jornalismo que poderão prover, conjuntamente, referências para os debates e políticas.

Contudo, Timothy Snyder (2018) advertiu que a internet quebrou a linha entre público e privado, de modo a encorajar a confusão entre os desejos privados e assuntos realmente de Estado. E assume-se que a internet nos fará mais racionais do que irracionais. No entanto, omite-se do óbvio que, na realidade, permite-se que os navegadores conduzam seus usuários a um mundo que tudo que gostariam de acreditar é a verdade. Porém, explica o historiador de Yale, a democracia deve ter como objetivo alcançar uma noção de verdade independente e visível a todos os cidadãos e não uma faceta impulsionada pelos apetites individuais. Ocorre que, na medida em que esse objetivo é flagrantemente abandonado e as pessoas confundem verdade com o que desejam ouvir, o autoritarismo surge, lançando mão de uma política de espetáculo, em que saem vitoriosos os maiores mentirosos com os maiores megafones.

A leitura do cenário eleitoral brasileiro de 2018, a partir dessas conceituações, revela outro potencial ponto de rompimento dos atores constitucionais com a democracia: a liberdade e transparência das informações.

Ocorre que, pouco antes da votação segundo turno das eleições presidenciais de 2018, o jornal Folha de São Paulo[6] revelou que empresários aliados de Bolsonaro financiaram um esquema ilegal de disparos em massa de mensagens pelo WhatsApp por meio da criação de até 300.000 grupos no aplicativo, atingindo até 77 milhões de brasileiros. Esse esquema de disparo em massa de mensagens proporcionou a exposição massiva dos eleitores e possíveis eleitores de Bolsonaro às principais *fake news* que orbitaram a campanha presidencial de 2018.

Em pesquisa divulgada pela AVAAZ, conduzida pelo instituto de pesquisa IDEA Big Data, investigou-se o alcance das *fake news* nas eleições de 2018 e como teriam impactado os eleitores do presidente eleito, Jair Bolsonaro. Segundo os dados[7] divulgados, 98,21% dos eleitores de Bolsonaro entrevistados foram expostos a uma ou mais notícias falsas e 89,77% acreditaram que essas eram embasadas em verdade. 84% dos eleitores do Bolsonaro acreditaram na história dos "kits gays", e 74% sobre fraude nas urnas. Outro importante dado trazido é que 40% dos entrevistados disseram ter mudado de posição nas últimas semanas da eleição, teria migrado de "oposição ou com dúvidas sobre" Bolsonaro para "decididos" ou "considerando votar" nele, no mesmo período no qual essas notícias falsas atingiram o ápice de popularidade nas redes.

Outro importante estudo foi o "Relatório Final da Missão de Observação Eleitoral da Organização dos Estados Americanos Eleições Gerais - Brasil" (OEA, 2019) referente às eleições gerais brasileiras de 2018. Nesse relatório, constatou-se que um dos desafios mais complexos do processo eleitoral brasileiro foi a desinformação propagada por redes sociais e serviços de mensagens na internet. Apesar da disseminação de notícias falsas já ter sido percebido nas eleições em outros países, a dificuldade apresentada no Brasil, segundo os observadores, se deu pelo amplo uso do sistema criptografado de mensagens para o disparo desinformação massiva, o que dificultava, senão impedia o controle das notícias falsas, bem como desmenti-las, (OEA, 2019, p.17)

---

[6] MELLO, Patrícia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. Folha de São Paulo, São Paulo, 18/10/2018. Seção Poder. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> Acesso 02/10/2020.

[7] ROUBADAS pelo Whatsapp! Pesquisa Mostra que eleições brasileiras foram "inundadas" por Fake News. AVAAZ, THE WORLD IN ACTION, 2018. Disponível em: https://secure.avaaz.org/act/m. Acesso: 02/10/2020.

O uso da ferramenta de disparo de mensagens em massa de *fake news* pela chapa do presidente eleito é alvo de investigação junto ao Tribunal Superior Eleitoral, no qual se apura possível abuso de poder econômico e uso indevido dos veículos e meios de comunicação social. Contudo a referida ação segue a passos lentos, com idas e vinda de abertura e conclusão das fases instrutórias e, até o momento, não encontra desfecho.

Assim, o uso das *fake news,* em aproveitamento da arquitetura algorítmica das mídias sociais que isolam e atomizam os indivíduos em bolhas virtuais, bem como das plataformas de mensagens criptogradas, denuncia descompasso aos mandamentos constitucionais que preveem e asseguram a liberdade de comunicação.

José Afonso da Silva compreende a liberdade de comunicação como "conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação" (SILVA, 2017, p.245), a qual, a sua visão, engloba a liberdade de expressão, uma vez que inclui tanto aspectos relacionados ao conteúdo quanto ao meio de sua difusão, sendo que esses direitos estariam nos incisos IV, V, IX, XII e XIV, todos do Art.5º da Constituição Federal.

Especificamente acerca da liberdade de informação, o célebre constitucionalista, aduz que "compreende a procura, o acesso, o recebimento e difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelo dano que cometer" (SILVA, 2017, p.248). Essa liberdade abarca tanto a liberdade de informar – corolário da liberdade de pensamento – quanto a liberdade de ser informado, que constitui "o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas" (SILVA, 2017, p.247).

A respeito da obstrução a liberdade de expressão e informação, Cass Sunstein (2017), na obra #Replubic, adverte que a censura realmente é uma das maiores ameaças à democracia e a liberdade de expressão, contudo, focar em uma abordagem exclusivamente da censura governamental levaria a um ponto cego. Isso, porque, segundo o autor, em um sistema funcional de liberdade de expressão as pessoas precisam ser expostas a materiais que elas não teriam escolhido, pois isso previne contra a contra fragmentação, polarização e extremismo e cidadãos deveriam ter um amplo leque de experiências em comum, pois sem essa base comum compartilhada, uma sociedade heterogênea terá graves dificuldades de deliberar acerca de problemas comuns.

Assim, utilizadas para desacreditar os adversários, por meio de informações fraudulentas, as *fake news,* inseridas em um contexto de bolhas virtuais que impedem a permeabilidade de contraposições e divergências, tornam-se

ecos de ódio, acirrando a polarização e o fortalecimento da relação amigo/inimigo, privando os cidadãos de serem informados de forma coerente e objetiva para que possam exercer suas liberdades públicas e políticas, como o voto, representando, assim, rompimento com parte do catálogo de direitos fundamentais sustentáculo do constitucionalismo democrático, a saber, a liberdade de pensamento, informação e expressão.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do desenvolvimento trazido ao longo desse trabalho, conclui-se que a ameaça à democracia não é a agonia pluralista, isto é, as divergências típicas das identidades políticas, mediadas pelo debate adversarial, em que os partidos oponentes, embora discordem das soluções e projetos a serem tomados, se auto reconhecem como legítimos partícipes do procedimento democrático. Contudo, o que efetivamente ameaça à democracia é o desprendimento ao pacto constitucional que a assegurou, rompendo com as regras do jogo e transformando o adversário em inimigo.

Nesse sentido, assistiu-se a uma verdadeira degeneração da democracia adversarial brasileira e ascensão da política do inimigo, cujas raízes podem ser encontradas nas eleições de 2014 com questionamento da soberania do voto, seguida por um *impeachment*, cujo crime de responsabilidade teve interpretação circunstancial, encerrando, assim, a institucionalidade do mandato presidencial.

A construção da relação amigo/inimigo deu-se ainda pela emersão de discursos fundamentalistas, cuja linguagem proclama intolerância e uma verdade única, levando a um cenário de polarização, que se aprofundou, ainda mais, pela desinformação no contexto eleitoral de 2018, no qual, a partir arquitetura das redes sociais que isolam os indivíduos aos ecos de suas próprias bolhas, atores políticos fizeram amplo uso de *fake news* para sobretudo descredenciar o adversário, ou melhor, o inimigo, colocando-o como inaceitável ou inadmissível frente ao que, supostamente, o "povo" brasileiro gostaria.

Assim, a degeneração de uma democracia constitucional no Brasil encontra responsabilidade dos próprios atores políticos que romperam com pacto constitucional quanto à soberania do voto, o respeito às instituições democráticas, a tolerância ao pluralismo político e a transparência e liberdade de informação.

Por fim, defende-se que retomada do curso da democracia constitucional brasileira careça, sobretudo, de uma posição institucional que efetivamente coloque a democracia como valor inegociável: é preciso que as instituições, dentro de suas competências, tratem as práticas que subtraem os valores

democráticos como inaceitáveis, práticas como a manipulação das informações pelas *fake news*, o esvaziamento da esfera pública nas plataformas digitais com algoritmos opacos e vazamento de dados dos usuários e, ainda, os discursos fundamentalistas que afrontam diretamente o conteúdo mínimo ético da semântica de uma democracia pautada no respeito a diversidade e pluralismo, sob pena de banimento e invalidação.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **O Pêndulo da Democracia**. São Paulo: Todavia, 1ed, 2019.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14a ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Quais alternativas à democracia representativa? Qual socialismo?**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1983.

BOFF, Leonardo. **Fundamentalismo**: a globalização e o future da humanidade. Rio de Janeiro: Sextante, 1a ed., 2002.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa Braga; CASALECCHI, Gabriel Avila. Vencedores e perdedores nas eleições presidenciais de 2014: o efeito da derrota nas urnas sobre a satisfação e o apoio em relação à democracia no Brasil. **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, vol. 22, nº 3, dezembro, 2016.

BRASIL, **Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em 27/09/2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional e Democrática** – atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n.11.417 e 12.063/009. 2 ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005.

DAHL, R. A. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997.

DAHL, Robert A. **On Democracy**. 2ed. New Haven: Yale University Press. 2015.

DWORKIN, Ronald. 1999. A Kind of Coup. **The New York Review of Books**, 14 jan. Disponível em: http://bit.ly/2MDV8Qw. Acesso em: 02/10/2020.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do Caos**. Trad. Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2020.

Empresários bancam campanha contra o PT pelo whatsapp. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml> Acesso 02/10/2020.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 04/08/2020.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011.

HABERMAS, Jünger. **Political Communication in Media Society**: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research. Comunication Theory ISSN 1050-3293. Disponível em: <http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/HabermasPCMS.pdf>. Acesso: 27/07/2020.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soether. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida *et al.e-book.* São Paulos: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Essência e valor da democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1929.

KOZICKI, Katya; CHUERI, Vera Karam. Impeachment: a arma nuclear constitucional. **Lua Nova**, São Paulo, 108: 157-176, 2019.

LODI, Ricardo. Impeachment, abertura de créditos suplementares por decreto e alteração da meta primária. **Direito e Estado**, 2016, nº 57. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ricardo-Lodi-Ribeiro/impeachment-abertura-de-creditos-suplementares-por-decreto-e-alteracao-da-meta-primaria->. Acesso 02/10/2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. A esfera pública 50 anos depois: esfera pública e meios de comunicação em Jürgen Habermas em homenagem aos 50 anos de Mudança estrutural da esfera pública in **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 35,

n. 3, p.189-220, Dez.2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000300010&lng=en&nrm=iso> Acesso: 26/07/2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, June 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100–12X2010000100012&lng=en&nrm=iso> Acesso: 26/07/2020.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed.. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros. A esfera pública (forjada) na era das fake news e dos filtros-bolha in **Cadernos Adenauer** XIX, nº4, 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-nova-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf>.Acesso: 28/07/2020.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e Sociedade**, nº03, outubro/2003. p. 11-26.

MOUFFE, CHANTAL. **Sobre o político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. *e-book.*

MOUFFE, Chantal. The Poupulism Moment. **Simbiótica**, vol.6, n.1, jan.-jun. Vitória, Brasil, 2019.

NETO, Jacob de Menezes et al. Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da Informação e Comunicação a partir da Ideia de filtro bolha *in* **Direito, Estado e Sociedade** n.53 p. 62 a 87 jul/dez 2018. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/886> Acesso: 04/08/2020.

NEVES, Aécio. Eu perdi a eleição para uma organização criminosa. Isabela Braga et al. **O Globo**: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/eu-perdi-eleicao-para-uma-organizacao-criminosa-diz-aecio-neves-14703942>.Acesso em 02/10/2020.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **Relatório Final da Missão de Observação Eleitoral da Organização dos Estados Americanos Eleições Gerais – Brasil**. Estados Unidos, 2019. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2019/CP40397PRELATORIOFINALMOEBRASIL2018.pdf> Acesso: 02/10/2020.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble**: What the Internet Is Hiding from You. Penguin Press, New York, may 2011. ISBN 1594203008.

ROUBADAS pelo Whatsapp! Pesquisa Mostra que eleições brasileiras foram "inundadas" por Fake News. **AVAAZ**, THE WORLD IN ACTION, 2018. Disponível em: <https://secure.avaaz.org/act/m>. Acesso: 02/10/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARTORI, G. **Theory of democracy revisited**. Chatham: Chatham House, 1987.

SEN. **Cristovam Buarque assume razão do golpe**: aprovar a PEC 241. Publicado por Romulus Maya. 26/10/2016.1 vídeo (59 segundos). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=NUwPPVuHngU&feature=emb_logo>. Acesso 02/10/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SNYDER, Timothy. Fascism is back. Blame the Internet *in* **Washington Post**. 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/posteverything/wp/2018/05/21/fascism-is-back-blame-the-internet/> Acesso 26/07/2020.

SUNSTEIN, Cass R.. **#Republic**: divided democracy in the age of social media. Princeton University Press: New Jersey, 2017. *e-book.*

SUNSTEIN, Cass R.. **Republic.com 2.0**. Princeton University Press: New Jersey, 2007. *e-book.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão no processo TC nº 005.335/2015-9**. Recomendou a rejeição das contas de 2014 da Presidência da República. Brasília: TCU, 2015. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D439148632B. Acesso: 02/10/2020.

URBANATI, Nadia. O que torna a representação democrática?. **Lua Nova**, São Paulo, 67: 191-228, 2006.

VILHENA, Oscar. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal estar constitucional. Companhia das letras: São Paulo, 2018. *e-book.*

# COMISSÃO AVALIADORA DOS ARTIGOS SUBMETIDOS

1. Airton Aloísio Schutz (Professor da Faculdade Católica do Tocantins e Universidade do Tocantins – UNITINS).
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/0231157580844130

2. Ana Carolina Amaral Pontes (Professora da UFRPE- UAG)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/5516202862920859

3. Antônio César Mello (Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins, do Centro Universitário Luterano de Palmas e da Universidade Estadual do Tocantins) .
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/7715210743705511

4. Carlos Marden Cabral Coutinho (Professor do Centro Universitário Christus, UNICHRISTUS, Brasil)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/2755078445812059

5. Cláudio Jannotti da Rocha (Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/6857649862156269

6. Dimas Antônio de Souza (Professor da PUC Minas)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/6873994039954178

7. Fábio Barbosa Chaves (Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/7435008955450391

8. Henrique Weil Afonso (Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã, FADIC)
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/4241547016744083

9. João Eberhardt Francisco (Professor de Processo Civil na pós graduação da GVLaw. Professor assistente (monitor) da pós graduação lato sensu em processo civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).
   Lattes: http://lattes.cnpq.br/1015094215141169

**10.** Kelly Cardoso (Professora UNIPAR)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/8159671200605428

**11.** Klelia Canabrava Aleixo (Professora PPGD PUC Minas)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9272668753331819

**12.** Leonardo Varella Giannetti (Professor IEC PUC Minas)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/2659706934050305

**13.** Luciana Grassano Gouvêa Mello (Professora UFPE)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/4632105995750532

**14.** Maria Cecília Máximo Teodoro (Professora PPGD PUC Minas)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/7521600430933892

**15.** Paulo Henrique Borges da Rocha (Professor do Centro Universitário de Lavras, UNILAVRAS, Brasil e Universidade Presidente Antônio Carlos, UNIPAC, Brasil)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9342593638686945

**16.** Pilar de Souza e Paula Coutinho Elói (Professora PUC Minas)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9345043597729995

**17.** Saulo Cerqueira de Aguiar Soares (Professor Adjunto da Universidade Federal do Piauí)
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0955565337333241

**18.** Vinicius Pinheiro Marques (Professor do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (especialização) em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT), Graduação e Pós-Graduação (especialização) em Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA))
Lattes: http://lattes.cnpq.br/7300803447800440

## PROGRAMAÇÃO E PALESTRANTES DO CONGRESSO INTERNACIONAL

### Primeira Edição: "Democracia, Autonomia Privada e Regulação" 15 e 16 de setembro de 2020

**Mesa 1: Liberdade e Vulnerabilidade**
**Link: https://youtu.be/c9JiSZgm9eY**

1. Prof.ª Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (PPGD PUC Minas): "*A Saúde da Pessoa Idosa no Contexto da Pandemia*"

2. Prof. Dr. Carlos Maria Romeo Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha): "*Restriciones de los derechos fundamentales y los valores democraticos en tiempos de pandemia*"

3. Prof. Dr. Augustus Bonner Cochran III (Agnes Scott College – Estados Unidos da América): "*Mulheres em condições de vulnerabilidade agravada pela pandemia*"

4. Prof.ª Dra. Viviane Coelho de Sellos-Knoerr (Centro Universitário de Curitiba): "*O adolescente vulnerável aos efeitos da pandemia em sua iniciação eleitoral*"

**Mesa 2: Dano Existencial e Responsabilidade Civil**
**Link: https://youtu.be/ArYrdku-h68**

5. Dr. Leonardo Macedo Poli (PPGD PUC Minas): "*Responsabilidade civil por abandono afetivo no Direito brasileiro*"

6. Prof.ª Dra. Ana Paula Myszczuk (Universidade Tecnológica Federal do Paraná): "*Responsabilidade civil e dano existencial: o caso da biotecnologia*"

7. Prof.ª Dra. Káren Rick Danilevicz Bertoncello (Universidade Federal do Rio Grande do Sul): "*Superendividamento do consumidor*"

8. Prof. Dr. Henrique Viana Pereira (PPGD PUC Minas): "*Prisão em tempos de pandemia e princípio da humanidade: a responsabilidade civil do estado por dano existencial*"

**Mesa 3: O Trabalho em um Mundo Pandêmico**
**Link: https://youtu.be/VkI6bEk5WD4**

9. Prof.ª Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro (PPGD PUC Minas): "*Mulheres e o trabalho em tempos de pandemia*"

**10.** Prof.ª Dra. Roberta Bortone (Università degli Studi de Roma 1 "La Sapienza" – Itália): "*Minoranze in Tempi di COVID*"

**11.** Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (PPGD PUC Minas): "*Da casa às ruas*"

**12.** Prof. Dr. Augustin Emane (Université de Nantes – França): "*Coronavirus: incidences ou redéfinitions des relations de travail?*"

**Segunda Edição: "Democracia, Constituição e Internacionalização"**
**20 e 21 de outubro de 2020**

**Mesa 1: Processo, Constitucionalização e Democracia Forte**
**Link: https://youtu.be/gCPxKY2q048**

**13.** Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça (PPGD PUC Minas): "*Decisão judicial democrática*"

**14.** Prof.ª Dra. Flaviane Magalhães Barros Bolzan de Morais (PPGD PUC Minas): "*Sistema de justiça e o uso da tecnologia: quais são os limites éticos?*"

**15.** Prof.ª Dra. Aline de Souza Lima Dias Paes Nahass (PUC Minas): "*O processo penal, a pandemia e os economicamente vulneráveis*"

**16.** Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (Universidade Federal de Alagoas): "*Relevância da representação plural para o fortalecimento da democracia em tempos de pandemia*"

**Mesa 2: Democracia e Estado Plurinacional**
**Link: https://youtu.be/pI08i0oc4Tc**

**17.** Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães (PPGD PUC Minas): "*Guerra híbrida na América Latina: Inteligência artificial e algoritmos*"

**18.** Prof.ª Dra. Maria Elena Attard Bellido (Universidad Andina Simón Bolívar - Bolívia): "*Un mate de coca entre Mama Ocllo y la Diosa Themis: los horizontes del pluralismo jurídico en Latinoamérica*"

**19.** Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer (Universidade Federal de Santa Catarina): "*Para uma leitura decolonial e plural do Direito*"

**20.** Prof. Dr. Alejandro Medici (Universidad Nacional de La Pampa, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires – Argentina): "*Demodiversidad e interculturalidad: poder constituyente y alteridad radical*"

**Mesa 3: Estado, Democracia e Diversidade**
**Link: https://youtu.be/pnf-IkKbsBs**

**21.** Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (PPGD PUC Minas): "*O diálogo entre democracia e federalismo em tempos de pandemia*"

**22.** Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Coordenador PPGD PUC Minas): "*Reserva de vagas em instituições de ensino por critérios étnico-raciais*"

**23.** Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (PPGD PUC Minas e Coordenador PPGD Dom Hélder Câmara): "*Democracia e capitalismo de plataforma*"

**24.** Prof. Dr. Thomas da Rosa Bustamante (Coordenador PPGD Universidade Federal de Minas Gerais): "*Estamos caminhando para um mundo sem lei? Os impactos do antiliberalismo no Direito Internacional*"

**Terceira Edição: "Democracia, Liberdade e Cidadania"**
**17 e 18 de novembro de 2020**

**Mesa 1: Democracia e Sistema Penal**
**Link: https://youtu.be/AMqDjwBLw5M**

**25.** Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (PPGD PUC Minas, Universidade Federal de Pernambuco e Faculdade Damas de Instrução Cristã)

**26.** Prof.ª Dra. Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves (Universidade de Lisboa – Portugal)

**27.** Prof.ª Dra. Ana Lúcia Sabadell (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

**Mesa 2: Covid-19, Finanças Públicas e Política Tributária**
**Link: https://youtu.be/Kga1WqfwrTA**

**28.** Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Coordenador do PPGD PUC Minas)

**29.** Prof.ª Dra. Qin Luo (Shangai Lixin University of Accounting and Finance – China)

**30.** Prof. Dr. Juan Arrieta Martínez Pisón (Universidad Autónoma de Madrid – Espanha)

**31.** Prof.ª Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Méllo (PPGD Universidade Federal de Pernambuco)

**Mesa 3: Fragilidade da Soberania Popular e Imunização do Futuro**
**Link: https://youtu.be/fTKcFKqoiUY**

**32.** Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo (PPGD PUC Minas e Faculdade Milton Campos)

**33.** Prof. Dr. Carlos Humberto Durand Alcántara (Universidad Autónoma Metropolitana del Mexico – México)

**34.** Prof.ª Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (PPGD Universidade Federal do Rio de Janeiro)

**Quarta Edição: "Democracia, Saúde e Educação: Novos caminhos para o futuro"**
**1º e 02 de dezembro de 2020**

**Mesa 1: Pandemia, Sustentabilidade Fiscal e Financiamento da Saúde**
**Link: https://youtu.be/4oqTj_3JNIo**

**35.** Prof. Dr. José Casalta Nabais (Universidade de Coimbra – Portugal)

**36.** Prof.ª Dra. Maria Matilde Lavouras (Universidade de Coimbra – Portugal)

**37.** Prof.ª Dra. Tathiane Piscitelli (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV-SP)

**Mesa 2: A Educação e Seus Desafios**

**Link: https://youtu.be/QobJWS2XobI**

**38.** Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Coordenador do PPGD PUC Minas)

**39.** Prof. Dr. Carlos Roberto Jamil Cury (PUC Minas; professor emérito da Universidade Federal de Minas Gerais)

**40.** Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (Reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro)

**41.** Dom Joaquim Giovani Mol Guimarães (Reitor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

**Mesa 3: Encerramento do Congresso Internacional "Preservar e Fortalecer a Democracia em Tempos de Pandemia"**

**Link: https://youtu.be/6XVAEt4yPyY**

**42.** Prof. Dr. Michelangelo Bovero (Università degli Studi di Torino – Itália)