



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 18
Número 3

2023



REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Luisa Monteiro de Paula (PPGD/FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Fernanda Paloma Faria Lima

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 18, no. 3
(set./dez. 2023)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontificia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

- ACESSO À JUSTIÇA E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS
PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A NATUREZA DO SERVIÇO QUE
JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DA REDAÇÃO DO ARTIGO 74, INCISO III, DA
LEI N. 14.133/20218
*ACCESS TO JUSTICE AND THE DIRECT HIRING OF LAW SERVICES BY THE PUBLIC
ADMINISTRATION: AN ANALYSIS ABOUT THE NATURE OF SERVICE WHICH JUSTIFIES THE NON-
EXIGIBILITY OF BIDDING TOWARDS THE WORDING OF ARTICLE 74, III, OF LAW N. 14.133/2021*
Maurício da Cunha Savino Filó
Laís Bez Batti Beltrame
- PROBÁTICA: A CIÊNCIA DA PROVA DOS FATOS30
PROBÁTICA: THE SCIENCE OF PROOF OF FACTS
Victor Fabiano Pedrosa da Silva Vieira
Fábio Corrêa
- O DIREITO DO TRABALHO E O CORONAVÍRUS:
UMA NECESSÁRIA LEITURA DA TEORIA DA ENCRIPTAÇÃO DO PODER.....44
*THE LABOR LAW AND THE CORONAVIRUS: A NECESSARY READING
OF THE THEORY OF ENCRYPTION OF POWER*
Daniella Stefanelli
Cláudio Iannotti da Rocha
Maria Júlia Ferreira Mansur
- MEDIAÇÃO ESCOLAR: INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO AO BULLYING ESCOLAR57
SCHOOL MEDIATION: TOOL FOR COPING WITH SCHOOL BULLYING
Gabriela Decurcio
Andréa Carla de Moraes Pereira Lago
- AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO
DO TRABALHO INFANTIL INDÍGENA.....69
POLICIES FOR THE PREVENTION AND ERADICATION OF INDIGENOUS CHILD LABOR
André Viana Custódio
Higor Neves de Freitas
- ELEIÇÕES MUNICIPAIS NO NORTE DE MINAS: ENTRE A FACTICIDADE DA INEFICÁCIA DA
COTA DE GÊNERO E O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA.....88
*MUNICIPAL ELECTIONS IN THE NORTH OF MINAS: BETWEEN THE FACTICITY OF THE INEFFECTIVENESS OF
THE GENDER QUOTA AND THE DEFICIT OF LEGITIMACY OF THE FEMALE POLITICAL UNDERREPRESENTATION*
Maxwel Gomes dos Santos
Carlos Victor Muzzi Filho
- REFLEXIVE FREEDOM AS A COMPARATIVE LAW ANALYSIS PARAMETER IN THE
CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS OF BRAZIL AND SPAIN ON HOMESCHOOLING113
*POSIÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO
BRASIL E DA ESPANHA NAS DECISÕES SOBRE O HOMESCHOOLING: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO*
Hugo Paiva Barbosa
Waleska Marcy Rosa
- O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO
DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS126
THE STRUCTURAL PROCESS AS AN INSTRUMENT FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES
Wendy Luiza Passos Leite
Juvêncio Borges Silva

POLIAMOR COMO ENTIDADE JURÍDICA: A FAMÍLIA BASEADA NO AFETO.....	142
<i>POLYAMOR AS A LEGAL ENTITY: THE FAMILY BASED ON AFFECTION</i>	
Rodrigo Valente Giublin Teixeira Rhaquel Tessele	
PESSOAS TRANS E RECONHECIMENTO DE DIREITOS: ANÁLISE JURÍDICO-SOCIOLÓGICA SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2016-2021)	159
<i>TRANS PEOPLE AND RECOGNITION OF RIGHTS: LEGAL-SOCIOLOGICAL ANALYSIS OF THE DECISIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT (2016-2021)</i>	
Rainer Bomfim	
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DA INTEGRIDADE PSÍQUICA DA VÍTIMA.....	176
<i>VULNERABLE RAPE: VIOLATION OF HUMAN DIGNITY AND THE VICTIM'S PSYCHIC INTEGRITY</i>	
Evandra Mônica Coutinho Becker Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão	
A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO.....	193
<i>THE VALUING HUMAN WORK AND FREE INITIATIVE IN THE CONTEMPORARY CONTEXT</i>	
Josany Keise de Souza David Carla Vidal Gontijo Almeida	
THE BRAZILIAN LEGISLATIVE PROCESS, LEGISLATIVE “SMUGGING” IN PARLIAMENTARY AMENDMENTS AND THE CRISIS OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS	213
<i>O PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO, O “CONTRABANDO” LEGISLATIVO NAS EMENDAS PARLAMENTARES E A CRISE DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS</i>	
Eliana Franco Neme Larissa Beschizza Cione	
O DIREITO À IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL E SEUS REFLEXOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	228
<i>THE RIGHT TO THE IMAGE OF THE PROFESSIONAL SOCCER ATHLETE AND ITS REFLECTIONS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS</i>	
Jefferson Alex Pontes Pereira Cleber Sanfelici Otero	

Comentários jurisprudenciais

A EXIGÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE DADOS SOBRE A COVID-19 POR PARTE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 690-DF	250
<i>THE DEMAND FOR DISCLOSURE OF DATA ON COVID-19 BY THE MINISTRY OF HEALTH IN THE LIGHT OF JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADPF 690-DF</i>	
Elísio Augusto Velloso Bastos Hugo José de Oliveira Agrassar Ricardo Santiago Teixeira	
O TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E SUA CONCEPÇÃO SOBRE A ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS	272
<i>THE COURT OF THE FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES AND ITS CONCEPTION ON THE ANALYSIS OF THE INSUFFICIENCY OF RESOURCES SITUATION</i>	
Catharine Couto e Couto Keren da Silva Alcântara Adriano da Silva Ribeiro	

EDITORIAL

Nesta edição 3, a última do ano de 2023, constam artigos submetidos à Revista *Meritum* volume 18. Percebe-se, em casa artigo, preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes.

Registre-se, ainda, que, em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os textos foram ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional, para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 18 foram avaliados pela Coordenação Editorial, quanto à adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Na oportunidade, os Editores prestam homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Coordenação Editorial

ACESSO À JUSTIÇA E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A NATUREZA DO SERVIÇO QUE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DA REDAÇÃO DO ARTIGO 74, INCISO III, DA LEI N. 14.133/2021

ACCESS TO JUSTICE AND THE DIRECT HIRING OF LAW SERVICES BY THE PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS ABOUT THE NATURE OF SERVICE WHICH JUSTIFIES THE NON-EXIGIBILITY OF BIDDING TOWARDS THE WORDING OF ARTICLE 74, III, OF LAW N. 14.133/2021

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ¹
LAÍS BEZ BATTI BELTRAME²

RESUMO

O objetivo geral do presente estudo é pesquisar o procedimento licitatório e as peculiaridades da sua inexigibilidade para a contratação de serviços advocatícios. O problema de pesquisa está na seguinte pergunta: a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios? A pesquisa se enquadra a partir da redação do artigo 74, inciso III, da “nova” Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), que substituiu a locução “natureza singular” do serviço da “antiga” Lei de Licitações (Lei n.

- 1 Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Possui Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - PPGD - UNIPAC (2010), possui Graduação (2004) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC, 2004). Lecionou na Universidade Presidente Antônio Carlos de 2009 até 2011/1. Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Atualmente é Membro do Núcleo Docente Estruturante, sendo que leciona Teoria Geral do Processo e Prática Processual Administrativa. Possui certificado de conhecimento da língua italiana, emitido pela Università per Stranieri Perugia (2006). Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7436-1664>
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense(2016) e especialização em Direito Público pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva(2021). Atualmente é Assistente de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1507064689262048>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9607-739X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; BELTRAME, Laís Bez Batti. Acesso à justiça e a contratação direta de serviços técnicos advocatícios pela administração pública: uma análise sobre a natureza do serviço que justifica a inexigibilidade de licitação diante da redação do artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 8-29, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9648>.

8.666/93), por “natureza predominantemente intelectual”. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico, e a técnica de pesquisa bibliográfica, com pesquisa em obras especializadas e em decisões jurisprudenciais. Em linhas gerais, frente a alteração legislativa, verifica-se que a locução trazida pelo novel dispositivo legal não tem o condão de autorizar a contratação direta de serviços técnicos ordinários. A contribuição do artigo vai ao encontro da necessidade de se desenvolver a 4ª onda renovatória do acesso à justiça, que trata da ética nas profissões jurídicas.

Palavras-chave: advocacia; ética; licitação; natureza singular; natureza predominantemente intelectual.

ABSTRACT

The general objective of this study is to investigate the bidding procedure and the peculiarities of its unenforceability for contracting legal services. The research problem lies in the following question: is the uniqueness of the service no longer a necessary requirement for the direct contracting of technical legal services? The research is based on the wording of article 74, item III, of the “new” Bidding Law (Law No. 14,133/2021), which replaced the phrase “singular nature” of the service in the “old” Bidding Law (Law No. 8,666/93) with “predominantly intellectual nature”. We used the deductive approach method, the monographic procedure method, and the bibliographic research technique, with research into specialized works and case law decisions. In general terms, in view of the legislative change, it can be seen that the new legal provision does not authorize the direct contracting of ordinary technical services. The article’s contribution is in line with the need to develop the 4th wave of renewed access to justice, which deals with ethics in the professional legal ethics.

Keywords: advocacy; ethics; tenders; singular nature; predominantly intellectual nature.

1. INTRODUÇÃO

Conforme afirma Wald (2022, p. 375), as normas que tratam sobre a conduta do advogado formam a “espinha dorsal da ética jurídica”. Sendo assim, “o principal objetivo da ética jurídica e, por conseguinte, das regras, é proteger os clientes, o sistema jurídico, o público e a justiça”. Logo, conforme defende o autor, as normas que tratam sobre a atuação do advogado devem ser sempre revisadas, para garantir que se possa desenvolver uma agenda que vise o acesso à justiça e a reforma constante das normas jurídicas.

Como se sabe, os particulares têm liberdade para contratar obras e serviços, realizar compras e alienações, locar e adquirir bens, sendo-lhes permitido fazer tudo o que não é proibido por lei. A Administração Pública, de outra parte, para fazê-lo, necessita realizar procedimento formal, prévio, rigorosamente determinado em lei e por atos administrativos, voltado à seleção da proposta que se revele mais vantajosa ao interesse público. Em razão disso, o objetivo geral do presente estudo é pesquisar o procedimento licitatório e as peculiaridades da sua inexigibilidade para a contratação de serviços advocatícios.

O problema de pesquisa vai ao encontro da 4ª onda de acesso à justiça, que aborda a ética nas profissões jurídicas, em especial a advocacia (Global Access to Justice Project, 2024) e concentra-se na seguinte pergunta: a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios?

Para responder ao problema de pesquisa, o primeiro capítulo explicará os fundamentos normativos da licitação, seu conceito e suas finalidades, bem como as exceções legais do dever de licitar. Nesse contexto, diante das exceções legais ao dever de licitar, o segundo capí-

tulo verificará os meandros de cada espécie de contratação direta (dispensável, dispensada e inexigível), adentrando especialmente nos requisitos e nas particularidades da contratação de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação, e cotejando a previsão dessa contratação direta entre as Leis n. 8.666/93 (“antiga” Lei de Licitações) e 14.133/2021 (“nova” Lei de Licitações). O terceiro capítulo, por fim, analisará posicionamento presentes na doutrina e na jurisprudência quanto à interpretação dessa mudança.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, o método de procedimento será o monográfico, e a técnica de pesquisa será a bibliográfica, com pesquisa em obras especializadas e em decisões jurisprudenciais.

2. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA

Diferente dos particulares, que dispõem de ampla liberdade para escolher e contratar obras, serviços, compras e alienações, sendo-lhes autorizado fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública, em regra, está vinculada à realização de licitação, procedimento prévio à contratação e que objetiva a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público com garantia de igualdade de condições entre os concorrentes.

A licitação, para Araújo (2018, p. 575), é consectária do princípio de que todos são iguais perante a lei e, portanto, perante a Administração Pública, que está sujeita à legalidade estrita (só lhe é permitido fazer o que a lei autoriza):

Por isso, todos os que se coloquem dentro de certos pressupostos (estejam nas mesmas condições) têm o direito subjetivo público de receber, da Administração, tratamento idêntico, com as mesmas oportunidades, em determinada situação ou relação jurídica.

[...]

Como as atividades da Administração devem obrigatoriamente se nortear para a realização do interesse público (melhores condições, melhor preço, servidores mais capacitados etc.), surgiu naturalmente a ideia de utilizar-se alguma espécie de certame, para selecionar aqueles que, em situações como as indicadas, possam melhor atender ao interesse público (objetivos do Poder Público) na relação jurídica que com eles será mantida. (grifo nosso)

O fundamento mais relevante da licitação, pois, é o da igualdade de todos perante a Administração Pública (Aragão, 2013, p. 287), prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil e reproduzida no princípio da impessoalidade, expresso no *caput* do artigo 37 do diploma constitucional. Dessarte, “A obrigatoriedade de licitação para as contratações da Administração Pública é decorrente, em especial, de dois princípios constitucionais: o da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88) e o da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88)” (Couto, 2022, p. 195), os quais, para alguns autores, são tidos como faces de um mesmo princípio, conforme expõem Borges e Sá (2017, p. 109):

Numa primeira visão, para parte da doutrina, a impessoalidade como princípio significa que o administrador público só deve praticar atos voltados à consecução do interesse público. [...] Para esses doutrinadores, a atuação impessoal determina uma atuação finalística da Administração, ou seja, voltada ao

melhor atendimento do interesse público. Desse modo, o princípio da impessoalidade é sinônimo de finalidade pública. [...] Uma terceira face do princípio da impessoalidade pode ser encontrada no art. 37, inc. II, da CF, por exemplo. Ao se exigir concurso público para o acesso aos cargos públicos, o legislador prezou pelo mérito, sem criar discriminações benéficas ou detrimementosas, em observância ao princípio da isonomia ou igualdade.

O artigo 37 da Constituição da República, além de vincular a Administração Pública ao princípio da impessoalidade – do que, por si só, decorreria a obrigatoriedade de licitar –, prescreveu expressamente a licitação como regra geral: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, [...]” (Brasil, 1988).

Da legislação infraconstitucional sobre o tema, insigne exemplo é a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, a qual, contudo, foi completamente revogada, em decorrência da publicação da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Brasil, 2021a). Também merece destaque, especialmente para os fins desta pesquisa, a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016 (Brasil, 2016), que veicula regras de licitação e contratos próprias para empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, regulamentando o artigo 173, § 1º, III, da Constituição da República (Brasil, 1988), levando em conta “a natureza de direito privado e a necessidade de adequação às dinâmicas do mercado” (Couto, 2022, p. 198).

Abordadas algumas fontes normativas da licitação, adentra-se no seu conceito. Para Pietro (2024, p. 363), licitação é:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

O “procedimento administrativo” se trata de “encadeamento de atos lógicos e cronologicamente ordenados, num procedimento, como, por exemplo, atos da fase preparatória, edital, apresentação de propostas e lances (se for o caso), julgamento, homologação, que visam à adjudicação do objeto” (Nohara, 2024, p. 255), ou seja, a atribuição do objeto da licitação ao vencedor.

A expressão “ente público no exercício da função administrativa” significa que, ainda que possuam personalidade jurídica de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista, as entidades que estejam no exercício da função pública se submetem à licitação (Pietro, 2024, p. 363). Especificamente sobre as estatais, Nohara (2024, p. 267):

Marçal Justen Filho, um dos mais aprofundados especialistas no assunto, expõe que as estatais exploradoras de atividade econômica não estão obrigadas a realizar licitação para operações enquadráveis nas atividades-fim, pois a obrigatoriedade poderia inviabilizar o desempenho de certas atividades. Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece, na mesma linha, inexigibilidade de licitações para casos em que as estatais pratiquem atos tipicamente comerciais ou negociais. [...] Não obstante, nas atividades-meio é plenamente exigível a licitação. (grifo nosso)

Quanto a “abertura a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório”, traz a ideia de que “o edital é a lei da licitação”. O instrumento convocatório fixa condições básicas para participar da licitação e normas a serem observadas no contrato que se pretende celebrar, as quais devem ser observadas pelo licitante, sob pena de ser inabilitado ou desclassificado. Outrossim, a Administração Pública deve observar rigorosamente o instrumento convocatório, não podendo alterar as condições inicialmente estabelecidas (Pietro, 2024, p. 363).

Importa destacar que as exigências dispostas no instrumento convocatório devem estar estritamente vinculadas ao objeto da licitação, sendo defesa “a discriminação entre os participantes do conclave, seja por meio de cláusulas, que favoreçam uns em detrimento de outros, seja mediante julgamento tendencioso, que desiguala os iguais e iguale os desiguais” (Pires, 2013, p. 38). A licitação decorre dos princípios da igualdade ou isonomia e da impessoalidade, e estes devem permear todo o procedimento respectivo, de modo a afastar preferências ou preterições do agente público.

Prosseguindo no esquadrinhamento do conceito de Pietro, tem-se, por fim, “a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”. Essa expressão indica que os interessados “apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório” (Pietro, 2024, p. 363). Além da seleção da proposta mais vantajosa, tanto a “antiga” quanto a “nova” Lei de Licitações trazem como objetivo da licitação a função regulatória:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Brasil, 1993) (grifo nosso)

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (Brasil, 2021a) (grifo nosso)

Para Oliveira (2024, p. 2), a função regulatória revela que a licitação não visa somente à contratação de bens e serviços a um menor custo (ou outra característica que represente maior vantagem ao interesse público), mas também serve como instrumento de atendimento a outras finalidades públicas, como a defesa do meio ambiente, a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho e outras finalidades extraeconômicas:

O procedimento administrativo licitatório tem por objetivo a seleção, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, da proposta que tenha condições de gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, o que deve ser avaliado não apenas por critérios econômicos, mas também a partir de outros fatores que devem ser ponderados pela Administração Pública, tais como o desenvolvimento nacional sustentável (arts. 5.º e 11, IV, da Lei 14.133/2021), a promoção da defesa do meio ambiente (“licitações verdes” ou sustentáveis, como, por exemplo: arts. 18, § 1.º, XII; 34, § 1.º; 42, III; e 45, I e II, da Lei 14.133/2021),² a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho (arts. 63, IV; 92, XVII; 116 e 137, IX, da Lei 14.133/2021), o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006), o incentivo à contratação de mulher vítima de violência doméstica e de mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional (art. 25, § 9.º, da Lei 14.133/2021), entre outras finalidades extraeconômicas. (grifo nosso).

Como se vê, a licitação prestigia princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e de todo o ordenamento jurídico brasileiro e visa, invariavelmente, à consecução das finalidades públicas do Estado, motivo pelo qual foi preceituada pela Lei Maior como regra geral para a celebração de contratos administrativos.

De outra parte, a própria Constituição da República previu a possibilidade de contratação direta (ou seja, sem prévia licitação), nos casos especificados em legislação, a teor do inciso XXI do artigo 37. Isso porque “há certos casos em que certa liberdade não pode ser afastada mesmo para a Administração, em função do objeto, pessoas e circunstâncias do que se pretende contratar” (Araújo, 2018, p. 610).

Mas a contratação direta, “por representar exceção constitucional, deve ser interpretada de maneira restritiva, ou seja, as hipóteses legalmente estabelecidas não podem sofrer interpretação extensiva; também não pode ser utilizada analogia para criar novas hipóteses de contratação direta” (Couto, 2022, p. 207).

As ressalvas à licitação, na “antiga” Lei de Licitações (Brasil, 1993), encontram-se nos artigos 17 (licitação dispensada), 24 (licitação dispensável) e 25 (licitação inexigível). Já na “nova” Lei de Licitações (Brasil, 2021a), são verificadas nos artigos 76 (dispensada), 75 (dispensável) e 74 (inexigível).

A principal diferença entre a dispensa e a inexigibilidade reside na possibilidade de competição: na dispensa, há essa possibilidade, mas a lei faculta a realização da licitação, de modo que a decisão está no âmbito da discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade); já na inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só um objeto ou uma pessoa satisfará às necessidades da Administração Pública, restando inviável a licitação. Há, contudo, casos de dispensa que fogem à discricionariedade administrativa, porque já determinados em lei – são os casos de licitação dispensada (Pietro, 2024, p. 389).

Ainda sobre as diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, Justen Filho (2024, p. 280):

Inexigibilidade de licitação é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, excetuados os casos de “dispensa” autorizados por lei.

[...]

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. As hipóteses de inexigibilidade dependem das circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador. (grifo nosso).

A contratação direta, no entanto, igualmente exige a instauração de procedimento prévio, porquanto deve ser formalmente fundamentada e seguir regras previstas em lei, além de ser permeada pelos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente os da impessoalidade e moralidade. “A contratação direta, pela forma como é autorizada, sempre provocou numerosos atos de improbidade de agentes e de locupletamento ilícito por terceiros. Daí ser inarredável o rigor dessa modalidade” (Carvalho Filho, 2024, p. 217).

A Lei n. 8.666/93, em seu art. 26, já previa regras para a contratação direta, e a Lei n. 14.133/2021 as estendeu, por meio de seu art. 72, conforme se pode cotejar:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Brasil, 1993, grifo nosso)

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI - razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade com-

petente. Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (Brasil, 2021a, *velvelvelgrifo* nosso)

Anota-se que a “antiga” Lei de Licitações previa como crime, em seu artigo 89: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” (Brasil, 1993), e, embora esse artigo tenha sido revogado pela “nova” Lei de Licitações, houve continuidade normativa do tipo penal, conforme se infere do artigo 178 desta Lei, que acresceu o Capítulo II-B ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, com o seguinte crime “Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.” (Brasil, 2021a).

3. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS

Conforme aventado no capítulo anterior, a Constituição da República preceitua a licitação como regra, mas autoriza a contratação direta em determinados casos, especificados na legislação infraconstitucional, que foram distinguidos pelas Leis n. 8.666/93 e 14.133/2021 como dispensa (licitações dispensável e dispensada) e inexigibilidade.

Adentrando nos meandros de cada espécie de contratação direta, aborda-se, inicialmente, a licitação dispensável, a qual representa situações em que o procedimento licitatório poderia ser realizado, pois haveria possibilidade de competição entre possíveis interessados, contudo, o legislador decidiu inserir tais situações no âmbito da discricionariedade administrativa. Sobre essa espécie de contratação direta, Carvalho Filho (2024, p. 322) destaca importantes aspectos:

Um deles consiste na excepcionalidade, no sentido de que as situações que a ensejam são incomuns, excepcionais, vale dizer, refogem às situações normais. O outro é a taxatividade, indicativa de que a enumeração da lei tem caráter taxativo (*numerus clausus*) e nela não cabe extensão a qualquer outra situação além daquelas expressas na relação. (*grifo* nosso)

Oliveira (2021, p. 381) assevera que são duas as principais características da licitação dispensável: “a) rol taxativo: as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador: a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação”.

As hipóteses de licitação dispensável (artigos 24 da Lei n. 8.666/93 e 75 da Lei n. 14.133/2021) são geralmente classificadas pela doutrina em razão do valor, já que há casos em que a licitação pode ser mais onerosa do que o próprio contrato; em razão de situação excepcional, como calamidade pública ou “licitação deserta”; em razão do objeto, a exemplo de compras de gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes; e, por fim, em razão da pessoa, como a aquisição de insumos estratégicos produzidos por fundação que tenha por finalidade apoiar órgão da Administração

Pública em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação (Nohara, 2024, p. 288-289).

De outra parte, há casos de dispensa que não se inserem na discricionariedade do administrador de licitar ou não, pois são impostos pela legislação: são os casos de licitação dispensada para alienação de bens da Administração Pública, previstos nos artigos 17 da Lei n. 8.666/93 e 76 da Lei n. 14.133/2021. Acerca da licitação dispensada, Nohara (2024, p. 292):

A diferença entre a licitação dispensável e a dispensada reside, portanto, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei. [...]

A alienação de bens móveis do inciso II exige prévia avaliação e interesse público justificado. Exige-se, ainda, para os bens imóveis de órgãos da Administração Direta e entidades autárquicas e fundacionais, autorização legislativa. Esclarece Edmir Netto de Araújo que os bens imóveis são, em princípio, “inalienáveis porque indisponíveis quando afetados a finalidade pública, daí o requisito da autorização legislativa para desafetá-los e permitir a disposição do bem”. (grifo nosso)

Ademais, Oliveira (2021, p. 379) aponta três características da licitação dispensada conforme a doutrina tradicional “a) rol taxativo; b) o objeto do contrato é restrito: alienação de bens; e c) ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou previamente a licitação”.

Conclui-se, pois, que os casos de dispensa se tratam de autorização legislativa, excepcional e de rol taxativo, para a não realização da licitação, distinguindo-se as licitações dispensável e dispensada, entre si, pelo fato de que a primeira se insere no âmbito da discricionariedade, enquanto a segunda se dá por ato vinculado.

Prosseguindo na análise das espécies de contratação direta, adentra-se, por fim, na inexigibilidade de licitação, prevista nos artigos 25 da Lei n. 8.666/93 e 74 da Lei n. 14.133/2021. Os *caputs* dos referidos artigos assim dispõem, respectivamente: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]” (Brasil, 1993) e “É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...]” (Brasil, 2021a). Em outras palavras, “Há inviabilidade da licitação se o objeto licitável for único, sem equivalente, e também se há somente um fornecedor do produto. Estas hipóteses resultam nas situações denominadas: produtor ou fornecedor exclusivo” (Nohara, 2024, p. 286).

Para Oliveira (2024, p. 64), a inexigibilidade nem sequer dependeria de previsão legal, pois não se trata de uma exceção à regra constitucional de licitação, mas da não incidência da regra, por haver só uma pessoa capaz de atender à necessidade da Administração Pública, estando ausente o pressuposto fático da licitação, que é a competição entre interessados:

A inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição, na forma do art. 74 da Lei 14.133/2021. Tecnicamente, é possível afirmar que a inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra da licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada. Trata-se da não incidência da regra constitucional da licitação, em razão da ausência do seu pressuposto lógico: a competição. [...] (grifo nosso)

Conclui-se, assim, que a inexigibilidade de licitação se dá por ato vinculado, pois não se trata de decisão do administrador quanto à conveniência e oportunidade de abertura de proce-

dimento licitatório, mas da efetiva inviabilidade de realizá-lo, bem como que o rol trazido pela legislação é exemplificativo. Sobre este ponto, Carvalho Filho (2024, p. 218):

Há total impossibilidade de relacionar todos os casos de inviabilidade de competição. Por isso, o Estatuto, depois de aludir à licitação inviável, aditou a expressão “em especial nos casos de” e em seguida fez uma enumeração de várias hipóteses (art. 74). Por tal motivo, tem-se reconhecido que as hipóteses contempladas nos incisos do dispositivo estampam meros exemplos da aludida inviabilidade, caracterizando-se, então, o fato de que o legislador recorreu a uma relação exemplificativa. Infere-se daí, pois, que poderão surgir situações de inexigibilidade não constantes da referida relação. (grifo nosso)

Com efeito, a inviabilidade de competição não é um conceito simples, de modo que “é difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição” diante da “complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada por meio de regras legais” (Justen Filho, 2024, p. 281).

Dentre os casos de inexigibilidade de licitação, aborda-se, para os fins deste trabalho acadêmico, especificamente a hipótese de contratação direta de serviços técnicos advocatícios. Sobre a contratação de serviços técnicos mediante inexigibilidade de licitação, a “antiga” Lei de Licitações (Brasil, 1993) assim preceituava:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

[...] (grifo nosso)

Dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 da mesma lei, infere-se pareceres em geral (inciso II) e patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas (inciso V), portanto, serviços técnicos advocatícios. Ademais, seus parágrafos primeiro e terceiro assim prelecionavam:

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

[...]

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Entendia-se como serviço de natureza singular aquele “que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação” (Gasparini, 2012, p. 615). Também sobre a singularidade do serviço, Pietro (2023, p. 438) afirmava:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (grifo nosso)

Nohara (2024, p. 288) esclarece que a inexigibilidade não se presta, por exemplo, à “contratação de conceituado jurista para a atividade de assessoria jurídica rotineira de ente federativo, pois os custos do contrato seriam apenas justificados em assuntos relacionados com matérias complexas, singulares e relevantes”, e ainda:

Neste particular, enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello que não há necessidade de se contratar profissional de notória especialização na área jurídica para “mover simples execuções fiscais” para a Administração Pública. Para o jurista, a singularidade é relevante quando há um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, traço, engenhosidade, especial habilidade ou argúcia de quem executa um serviço, que são requisitos para o satisfatório atendimento da necessidade administrativa.

Essa última exposição reflete orientação subjetivista do critério de contratação de profissional com notória especialização, mas, conforme visto, também há exigências de natureza objetiva, concernentes à essencialidade e indiscutibilidade da adequação do serviço, que deve apresentar natureza singular, sob pena de exigir a realização do procedimento licitatório. (grifo nosso)

Sem destoar, depreende-se de Oliveira (2024, p. 88-90) que não bastaria a tecnicidade do serviço, em razão da existência de diversos profissionais no mercado. Por sua vez, a notória especialização é a qualidade de quem, “além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral –, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação” (Meirelles, 2013, p. 318). Como a própria legislação determina, a notória especialização é aferida a partir de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, aparelhamento, equipe técnica e outros requisitos relacionados com suas atividades.

Não é demais destacar que a “a notoriedade deve estar estritamente ligada ao objeto da contratação” (Gasparini, 2012, p. 617), de modo que não é válido contratar um renomado jurista na área empresarial, por exemplo, quando o objeto da contratação versa sobre Direito Ambiental.

Ressalta-se que, nos termos do § 3º do artigo 13 da “avelvelvelvelntiga” Lei de Licitações, cabe àquele que detém a “notória especialização” a execução pessoal e direta do serviço à Administração Pública.

Portanto, a contratação direta de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação pressupõe a necessidade da Administração Pública de um serviço de natureza singular, incomum e excepcional, cuja realização satisfatória somente poderá ser promovida

por um determinado profissional, em razão de sua notória e comprovada especialização na área correlata, cujo trabalho é indiscutivelmente o mais adequado ao caso, restando demonstrada, à luz do *caput* do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, a inviabilidade de competição.

No entanto, a definição de “natureza singular do serviço” gerou relevante controvérsia no campo fático, culminando em diversas ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público em face de advogados contratados pelo Poder Público sem licitação e, de outra parte, em posicionamentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no sentido de que a singularidade da atividade advocatícia justificaria a contratação direta.

Em setembro do ano de 2012, o Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sessão conduzida pelo presidente, Ophir Cavalcante, “aprovou a edição de súmula para afirmar que é inexigível procedimento licitatório para a contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade e a inviabilidade de competição” (OAB Nacional, 2012a).

Referida súmula (n. 04/2012/COP), que funciona como uma determinação de conduta à classe, foi editada em setembro do mesmo ano (OAB Nacional, 2012b), *in verbis*:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.” (grifo nosso)

De acordo com a súmula, a singularidade do serviço não deve ser aferida a partir de um determinado serviço técnico de que necessita a Administração Pública, mas deve repousar sobre todo e qualquer serviço técnico advocatício, que seria singular “por sua própria natureza”.

Já em 10.8.2016 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 45, requerendo a admissão da ação “em razão da existência de controvérsia judicial relevante, face ao reiterado afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, o que caracteriza repetidas declarações incidentais de inconstitucionalidade, em analogia a Súmula Vinculante 10” e, ao final, a procedência do “pedido de declaração de constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993” (Brasil, 2021b).

Nesse cenário, foi editada, no ano de 2021, a Lei n. 14.166/2021, que, em seu dispositivo atinente à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados, suprimiu a expressão “natureza singular”, substituindo-a por outra, mais genérica:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...]

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

[...]

Observa-se que não houve outras alterações substanciais em relação à redação do artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93: segue tratando de serviços técnicos relacionados na lei, a serem prestados por profissional ou empresa de notória especialização. Com efeito, a relevante alteração repousa na substituição da expressão que adjetiva o serviço técnico: “natureza singular” por “natureza predominantemente intelectual”, a qual, contudo, não foi capaz de dirimir a controvérsia acerca do tema, conforme será abordado no próximo capítulo.

4. ANÁLISE SOBRE A NATUREZA DOS SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS QUE JUSTIFICA A INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DA REDAÇÃO DO ARTIGO 74, INCISO III, DA “NOVA” LEI DE LICITAÇÕES (LEI N. 14.133/2021)

Conforme adiantado no capítulo anterior, no ano de 2016 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação de Declaração de Constitucionalidade – ADC n. 45, visando à declaração da constitucionalidade dos artigos 25, inciso II, e 13, inciso V, ambos da Lei n. 8.666/93 (“antiga” Lei de Licitações), dispositivos que, segundo a peça inicial da ADC, reconhecem “a impossibilidade da realização de licitação para os casos de contratação de serviço advocatício” (Brasil, 2021b). A fim de elucidar os fundamentos da demanda ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, colaciona-se breves excertos da peça inicial (Brasil, 2021b):

Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é, conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

[...]

Das decisões acima, cumpre frisar que no REsp 1377703/GO de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, há a análise da disciplina constitucional que envolve a contratação de advogado por inexigibilidade de licitação.

[...]

No certame, a e. Min. afastou – da mesma forma em que fizeram os Ministros dos dois julgados antecedentes – a incidência dos dispositivos citados e caracterizou a contratação realizada como ato de improbidade administrativa face a não demonstração da singularidade do serviço prestado. *Data venia*, esclarece-se que a ilustre Ministra desconsiderou o preceito da mercantilização da advocacia; a confiabilidade intrínseca da relação cliente/advogado e a condição de que esse ato administrativo é de cunho discricionário. (grifo nosso)

Ao tomar posse da peça exordial, o Relator da ADC, Ministro Luís Roberto Barroso, determinou fossem solicitadas informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional e, após, os autos fossem encaminhados para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Da Presidência da República aportaram informações no sentido da efetiva constitucionalidade dos artigos ventilados, com a ressalva de que isso não implica no “reconhecimento de que o único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública é a inexigibilidade de licitação; ou, em outros termos, de que todos os serviços advocatícios são, na essência, singulares” (Brasil, 2021b).

E da Presidência do Congresso Nacional, as informações foram no sentido da extinção da ação por inépcia da inicial e, outrossim, da constitucionalidade da lei, “mas de forma a assentar-se que contratação de advogado ou de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade” (Brasil, 2021b).

Sem destoar, a Advocacia-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela constitucionalidade dos artigos 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, “não sendo viável, contudo, atribuir-lhes a interpretação pretendida pelo autor” (Brasil, 2021b). Veja-se a ementa da manifestação:

Administrativo. Artigos 13, inciso V: e 25, inciso II. da Lei nº 8.666/93. Contratação direta de serviços advocatícios por entes públicos. inexigibilidade de licitação. Preliminar. Ausência de comprovação de controvérsia judicial relevante. Mérito. A contratação direta de serviço de advocacia pode, excepcionalmente, ser admitida, desde que restem atendidos os requisitos de existência de procedimento administrativo formal: notória especialização profissional; natureza singular do serviço; demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. A contratação de advogado particular por ente público dotado de quadro próprio de procuradores consiste em hipótese excepcionalíssima, tendo em vista a exclusividade do exercício das atribuições das funções da advocacia pública por membros efetivos de suas respectivas carreiras. Artigos 131 e 132 da Lei Maior. Precedentes. Manifestação pelo não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, pela constitucionalidade dos dispositivos questionados. (grifo nosso)

Por fim, na mesma senda, a Procuradoria-Geral da República opinou “por não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, por constitucionalidade dos dispositivos questionados, sem lhes atribuir a interpretação pretendida pelo requerente” (Brasil, 2021b).

Determinada a inclusão dos autos na pauta de julgamento do dia 16.10.2020, o Autor (Conselho Federal da OAB) requereu a respectiva retirada, haja vista a aprovação da Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que teria direta repercussão sobre a matéria em debate, merecendo análise prévia ao julgamento. O autor assim esclareceu a relevância da lei para a ação em comento (Brasil, 2021b):

Trata-se da Lei 14.039/2020 que alterou o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) e o Decreto-Lei nº 9.295/1946, o qual dispõe acerca do Conselho Federal de Contabilidade e temas correlatos, para, em síntese, estabelecer que os serviços profissionais de advogado e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Referida lei explicita entendimento sobre a natureza dos serviços advocatícios, que se definem essencialmente pelo caráter técnico e singular, quando comprovada sua especialização. Nesses termos, o diploma normativo se amolda ao regime das contratações públicas atualmente vigente, que dispensa a realização de licitação quando não é possível a concorrência em razão da especialidade dos serviços prestados, entre os quais se incluem os serviços advocatícios. (grifo nosso)

O pedido de retirada de pauta foi indeferido pelo Ministro Relator, e novamente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou petição, desta vez em razão da publicação da “nova” Lei de Licitações (Brasil, 2021a), argumentando que esta não mais exigiria o requisito da natureza singular para a contratação direta de serviço técnico, mas que, apesar disso, não haveria a perda do objeto da ação, já que a “antiga” lei seguirá vigente por 2 (dois) anos após a publicação da “nova” (Brasil, 2021b):

De forma diversa da legislação anterior (Lei 8.666/93), a nova regra simplifica a contratação direta de advogados, pois não exige o requisito da singularidade do serviço para a contratação, requer apenas a comprovação de que o trabalho técnico especializado tem natureza predominantemente intelectual e que os profissionais ou empresas tenham notória especialização.

[...]

Por disciplinar a mesma matéria, a Lei nº 14.133/21 revogará a Lei nº 8.666/93. No entanto, nas disposições finais e transitórias, a Lei nº 14.133/21 prevê que a revogação da legislação anterior ocorrerá após dois anos da publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos, [...].

Durante esse período, a Administração Pública poderá optar pela utilização do regime da Lei nº 14.133/21 ou da Lei nº 8.666/93, nos termos em que dispõe o art. 191 da Lei nº 14.133/21: [...].

Desse modo, a presente ação não perdeu o seu objeto, em decorrência da publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos, na medida em que a Lei nº 8.666/93 apenas será revogada após dois anos da publicação da Lei nº 14.133/21, de forma que permanecerá produzindo os seus efeitos jurídicos até decorrido o lapso temporal previsto. (grifo nosso)

Com efeito, o julgamento teve início em 16.10.2020, mas houve pedido de destaque, pelo Ministro Gilmar Mendes, em 23.10.2020. O julgamento ainda não foi retomado e, em 06.05.2024, foi determinada intimação da parte requerente para que se manifestasse acerca

da vigência dos atos impugnados, bem como sobre eventual necessidade de aditamento à inicial. Da proposta de voto do Relator, extrai-se a seguinte tese³ (Brasil, 2021b):

Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Fixação da seguinte tese: “São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”. (grifo nosso)

Como se vê, apesar dos argumentos ventilados pelo Conselho Federal da OAB na ADC n. 45, no sentido de que os serviços advocatícios, por si só, são dotados de singularidade, o Supremo Tribunal Federal tende a confirmar que a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação demanda a singularidade do serviço objeto do contrato, é dizer, que o serviço a ser contratado seja incomum, complexo e excepcional.

Não obstante a Ação Declaratória de Constitucionalidade não leve em conta, até então, a redação do novo dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação (artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021), que passa a adjetivar o serviço técnico como “de natureza predominantemente intelectual”, a análise do voto do relator traz à baila a preocupação com a generalização da contratação direta de serviços técnicos: “[...] exige-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados” (Brasil, 2021b) (grifo nosso).

Essa interpretação leva a crer que a locução adotada pela “nova” Lei de Licitações não tem o condão de desconsiderar a natureza singular do serviço como requisito para a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, já que o inciso III deve ser interpretado e aplicado à luz de seu *caput* (artigo 74), o qual é enfático ao preceituar que é inexigível a licitação quando inviável a competição. Nesse sentido, Oliveira (2021, p. 217) assevera que a compreensão do novo dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação tende a seguir exigindo a singularidade do serviço:

A terceira hipótese de inexigibilidade, citada no art. 74, III, da nova Lei de Licitações, relaciona-se à contratação de determinados serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. O referido dispositivo legal, que enumera determinados serviços técnicos, apresenta texto semelhante ao encontrado nos arts. 13 e 25, II, da Lei 8.666/1993.

Ainda em relação ao art. 74, III, da nova Lei de Licitações, verifica-se a manutenção dos requisitos cumulativos para declaração de inexigibilidade anteriormente indicados no art. 25, II, da Lei 8.666/1993, a saber: a) serviço técnico; b) serviço singular; e c) notória especialização do contratado.

[...]

3 A tese segue precedente estabelecido no Inquérito n. 3074, julgado em 26.08.2014, também de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No tocante à natureza singular, a sua compreensão deve seguir a linha apresentada pela doutrina e pela jurisprudência sobre a singularidade também exigida pela Lei 8.666/1993.

Assim, é preciso destacar que a singularidade (art. 74, III) não se confunde com a exclusividade (74, I). A singularidade decorre, na hipótese, da impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento.

Na lição de Marçal Justen Filho, o serviço singular exige a conjugação de dois elementos: a) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e b) impossibilidade de sua execução por parte de um “profissional especializado padrão”. (grifo nosso)

Na mesma toada, Pietro (2023, p. 438), acerca da Lei n. 14.039/2020, que incluiu dispositivos no Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) e no Decreto-lei que regulamenta a atividade de Contador (n. 9.295/46) para determinar que os serviços profissionais de advocacia e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, ventilou as seguintes críticas:

Os dois dispositivos são, a toda evidência, absurdos e contrariam os princípios da razoabilidade e da moralidade: não há como adotar um conceito legal mais abrangente do que a realidade dos fatos, com a agravante de empregar a expressão “por sua natureza”. [...]

O conteúdo dos dispositivos é chocante e flagrantemente imoral, na medida em que se desvirtua inteiramente do princípio da licitação contido no artigo 37, XXI, da Constituição, no qual a dispensa é prevista como exceção e não como regra geral e sem que haja uma justificativa aceitável para a norma, que parece ter destino certo e pouco louvável.

Os dispositivos têm que ser interpretados de forma que apresentem alguma coerência diante do ordenamento jurídico brasileiro. A exigência de notória especialização, contida nos dois dispositivos, exclui, por natureza, os serviços rotineiros que podem ser prestados por qualquer profissional, ainda que não notoriamente especializado. A intenção do legislador, se era a de beneficiar todos os profissionais que prestam serviços de advocacia ou de contabilidade, frustrando os objetivos da licitação e desviando-se dos fins que inspiraram a autorização para dispensa de licitação, contida no artigo 37 da Constituição, acabou frustrada pela exigência de notória especialização. Seria inteiramente contrário ao princípio da razoabilidade (que exige adequação entre meios e fins) contratar profissional notoriamente especializado, com custo certamente mais elevado, para prestar serviço que não apresenta maior complexidade e é acessível a todos os profissionais. (grifo nosso)

Portanto, pelo viés analisado por Pietro, o requisito da notória especialização do profissional que prestará o serviço afastaria, por si só, os serviços técnicos comuns (não singulares), já que vai de encontro à regra geral de licitar e aos princípios norteadores da Administração Pública a contratação direta e o dispêndio de recursos que superam a ordinariade para a realização de serviços ordinários, os quais devem ser prestados pela advocacia pública ou, caso o ente federativo não disponha de procuradoria, licitados. Ou seja, a natureza singular do serviço é intrínseca à notória especialização ainda expressamente exigida na “nova” Lei de Licitações. Nessa senda, Ghignone e Tourinho (2022, p. 16):

De fato: extrair-se do texto legal (seja da alteração promovida no Estatuto da OAB, seja da nova Lei de Licitações) a interpretação de que a singularidade do objeto é automaticamente inferida da notória especialização do profissional, e que essa notória especialização permite, de per si, a contratação por inexistência

gibilidade, conduz aos seguintes disparates. Em primeiro lugar, conforme já apontado, atrela-se um elemento de natureza objetiva (o objeto contratual), a outro de natureza subjetiva e variável (a capacitação do profissional). Em segundo lugar, e por consequência lógica, se a contratação for feita com um profissional de notória especialização, o objeto poderia ser considerado singular. Por outro lado, se idêntico objeto for contratado com um profissional sem notória especialização, ele não pode ser considerado singular. Ou seja: só se saberá se o objeto é singular ou não *a posteriori*, depois de se definir qual o profissional a ser contratado. Em terceiro lugar, tanto o requisito da notória especialização quanto o da singularidade do objeto são elementos que se destinam a comprovar a inviabilidade de competição. Por essa razão, sempre será necessário averiguar se a competição é possível e, para isso, não há como se fugir à identificação do objeto contratual, de forma que a avaliação da singularidade do objeto é condição incontornável para a averiguação da possibilidade de competição, encontre-se ou não aquela expressamente prevista como requisito legal para a inexistência. (grifo nosso)

Ademais, não se pode deixar de comparar a redação do artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021 com o semelhante dispositivo do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (Brasil, 2016), o qual, igualmente, não exige expressamente a natureza singular dos serviços técnicos especializados (Brasil, 2016):

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

[...]

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexistência para serviços de publicidade e divulgação: [...]

Embora a legislação específica das estatais não disponha expressamente que a natureza singular do serviço é requisito para a contratação direta, o Tribunal de Contas da União, em 14.10.2020, na Representação formulada pelo Ministério Público em face de possíveis irregularidades na contratação direta de escritório de advocacia criminalista pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), para a prestação de serviço técnico jurídico de defesa dos interesses da Petrobras em até 30 ações penais e seus incidentes, decorrentes da Operação Lava Jato, na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, entendeu que ela deve estar demonstrada, conforme se depreende do voto proferido no Acórdão n. 2.761/2020 (Brasil, 2020):

4. Preliminarmente, impende ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal está há muito consolidada no sentido de que o serviço de advocacia só pode ser contratado sem licitação se o for junto a um profissional (ou escritório) de notória especialização e desde que se trate de serviço de natureza singular (Decisão 906/97-TCU-Plenário). Tal contratação direta só será admitida em “ocasiões e condições excepcionais, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito e incomum, jamais rotineiro e duradouro” (Decisão 314/1994-TCU-1ª Câmara).

5. No abalizado magistério de Marçal Justen Filho (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 12ª edição), “A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).”

[...]

4. A jurisprudência desta Corte, no que refere à contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, é pacífica no sentido de que sua realização por inexigibilidade de licitação não é, por si só, tida como vedada, podendo ser realizada desde que presentes os requisitos necessários, essencialmente concernentes à singularidade do objeto e à notória especialização do contratado, conforme alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como o art. 30, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Acórdão 2993/2018-TCU-Plenário, relator: Min. Bruno Dantas; 3413/2013-TCU-Plenário, relator: Min. R. Carreiro; 669/2012-TCU-Plenário, relator: Min.-Subst. M. Bemquerer; 416/2008-TCU-Plenário, relator: Min. U. Aguiar; 2012/2007-TCU-Plenário, relator: Min.-Subst. A. Sherman; 5526/2010-TCU-1ª Câmara, relator: Min. J. Jorge; 2124/2008-TCU-1ª Câmara, relator: Min.-Subst. M. Bemquerer; 3795/2013-TCU-2ª Câmara, relator: Min. A. Cedraz; 4050/2011-TCU-2ª Câmara, relator: Min. A. Cedraz ; e 3095/2008-TCU-2ª Câmara, relator: Min. B. Zymler).

[...] (grifo nosso)

Destarte, não restam dúvidas de que a jurisprudência e a doutrina reconhecem a possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de advogados ou escritórios de advocacia por meio de inexigibilidade de licitação. A controvérsia atinente ao tema recai, eminentemente, sobre os requisitos para que a contratação direta seja considerada lícita, em especial, sobre a “natureza singular” do serviço técnico contratado, mormente após a substituição dessa locução, no dispositivo atinente à inexigibilidade de licitação da “nova” Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), por “natureza predominantemente intelectual”.

No entanto, da análise das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, entende-se que a interpretação e aplicação do inciso III do artigo 74 da “nova” Lei de Licitações devem ser realizadas à luz do seu *caput*, que preceitua ser inexigível a licitação quando inviável a competição, e a inviabilidade decorre da singularidade do serviço a ser contratado diretamente, ou seja, de seu caráter extraordinário.

Mais que isso, essa interpretação prestigia a regra constitucional da licitação e o princípio constitucional da impessoalidade, já que, caso houvesse a interpretação literal do supracitado inciso, aplicando-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de todo e qualquer serviço técnico de natureza predominantemente intelectual (como o ajuizamento de execuções fiscais, clássico exemplo para o assunto, que se trata de serviço técnico advocatício de natureza intelectual, mas rotineiro nas entidades públicas), a contratação direta deixaria de ser exceção, podendo o administrador escolher o prestador “mais adequado” à prestação do serviço conforme sua subjetividade, pois não haveria como avaliar a notória especialização de um profissional ou de uma empresa em determinada matéria sem que houvesse um serviço singular, incomum, tomado como diretriz. Nesse ponto, Carvalho (2005, p. 127):

A variedade de situações que forjam ou mesmo forçam a caracterização das hipóteses de contratação direta, tais como a apontada acima, é bastante considerável, além de ser o aspecto jurídico que mais fragiliza a aplicação do princípio da impessoalidade nas licitações, já que, afastada a exigência de abertura de processo seletivo, o administrador se vê livre para escolher o contratado e, normalmente, não faz uso desta faculdade para atender o interesse coletivo, mas para favorecer determinado particular e a si próprio. (grifo nosso)

Portanto, a (i)legalidade da contratação direta de serviços técnicos advocatícios é verificada a partir da análise do caso concreto, não cabendo soluções generalizadas, concluindo-se pela tendência de que a doutrina e a jurisprudência sigam exigindo, para a licitude da contratação, os mesmos requisitos que já eram preceituados pelo artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, dentre eles a natureza singular do serviço, apesar da redação do artigo 73, inciso III, da Lei n. 14.133/2021.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou elucidar se, diante da edição da Lei n. 14.133/2021, notadamente em razão da redação de seu artigo 74, inciso III, que substituiu a locução “natureza singular” (prevista no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93) por “natureza predominantemente intelectual”, a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios.

O roteiro traçado para a pesquisa foi realizado, sendo que foram explicados os fundamentos normativos da licitação, com suas finalidades e as exceções legais do dever de licitar, quais sejam, as hipóteses de licitação dispensável, dispensada e inexigível, adentrando especialmente nos requisitos e nas particularidades da contratação de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação.

Foi possível analisar a tendência da doutrina e da jurisprudência na interpretação do novel dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos advocatícios, tendo como resultados práticos a conclusão de que a supressão da locução “natureza singular” não tem o condão de autorizar a contratação direta de todo e qualquer serviço técnico de natureza intelectual, pois esta autorização iria de encontro à regra geral constitucional de licitação e ao princípio expresso constitucional da impessoalidade, que deve permear todos os atos da Administração Pública.

Dentre as dificuldades para a elaboração do presente estudo, verificou-se a divergência acerca da interpretação dos requisitos da contratação direta, especialmente quanto à natureza do serviço que justifica a inexigibilidade de licitação, e a existência de poucos materiais acerca do assunto, notadamente porque as legislações que agravaram a controvérsia são deveras recentes, como a Lei n. 14.039/2020 e a Lei n. 14.133/2021.

Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência tendem a consolidar o entendimento de que a natureza singular do serviço é requisito essencial para a licitude da contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia.

Esse entendimento vai ao encontro da preocupação constante da ética nas profissões jurídicas como forma de se concretizar o acesso à justiça, uma vez que serviços ordinários e rotineiros devem ser prestados pela advocacia pública (provimento por concurso público) ou submeterem-se à regra geral de licitação, por haver viabilidade de competição entre profissionais técnicos habilitados, sem necessidade de que sejam notoriamente especializados em alguma área específica, alcançando-se, portanto, o objetivo do presente estudo.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-309-4882-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4882-5/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788553601578. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601578/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Manual de Direito Administrativo Facilitado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BRASIL. *Constituição Federal do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.
- OAB NACIONAL. OAB: licitação para serviço advocatício ao poder público é inexigível. *OAB Nacional*, Brasília, 17 set. 2012a. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24502>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- OAB NACIONAL. *Súmula n. 04/2012/COP*. Brasília, 17 set. 2012b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC/45. 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2761/2020 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 14 de outubro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2761%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 1 ago. 2024.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Princípio da impessoalidade nas licitações*. Maceió: EDUFAL, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos C. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559776078. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776078/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620452. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620452/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GHIGNONE, Luciano Taques; TOURINHO, Rita. Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios – limites e possibilidades. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 83, p. 87-105, mar. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587294/Book_RMP-83.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.
- Global Access to Justice Project. *A New Global Survey*. 2024. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- LEITE JUNIOR, Edgar Hermelino et al. *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual a luz dos tribunais de contas*. Curitiba: Juruá, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559775934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775934/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. ISBN 9788530991333. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 9786559640218. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640218/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649440. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649440/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIRES, Antonio Cecilio M. *Direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 9788522483839. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522483839/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

WALD, Eli. The Access and Justice Imperatives of the Rules of Professional Conduct. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 35, n. 375, p. 375-427, 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/06/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/06/2023
- Avaliação 1: 08/07/2024
- Avaliação 2: 30/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2024
- Retorno rodada de correções: 05/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

PROBÁTICA: A CIÊNCIA DA PROVA DOS FATOS

PROBÁTICA: THE SCIENCE OF PROOF OF FACTS

VICTOR FABIANO PEDROSA DA SILVA VIEIRA¹

FÁBIO CORRÊA²

RESUMO

A Probática ou Teoria da Prova é ciência autônoma que regula o desenvolvimento probatório para emprego no Direito Probatório. Neste sentido, a Probática não se restringe a uma dimensão estritamente jurídica, haja vista que tem como objetivo reconstruir fatos e fenômenos ocorridos no mundo exterior, onde, muitas vezes, se recorre a metodologias científicas com a finalidade de produzir prova para posterior uso em procedimentos ou processos judiciais. Assim, pode-se dizer que a Probática é transversal ao Direito Probatório. É importante salientar que a Probática é pouco conhecida e, muitas vezes, é debatida somente no âmbito teórico e histórico, pouco se falando sobre quais seriam as metodologias e técnicas para a reconstrução do mundo fenomênico. Acredita-se que esta pesquisa possa contribuir na ampliação do conhecimento sobre a Probática como ciência voltada à reconstrução dos fatos, contribuindo ao jurisdicionado o efetivo exercício das garantias da ampla defesa, contraditório, paridade de armas, legalidade e consequente exercício de influência decisória, em razão da produção qualificada da prova.

Palavras-chave: probática; teoria da prova; criação do conhecimento.

ABSTRACT

Probatica or Theory of Evidence is an autonomous science that regulates the development of evidence for use in Probationary Law. In this sense, Probatica is not restricted to a strictly legal dimension, given that it aims to reconstruct facts and phenomena that occurred in the outside world, where, many times, scientific methodologies are used in order to produce evidence for later use in procedures. or legal proceedings. Thus, it can be said that Probatica is transversal to Probationary Law. It is important to point out that Probatica is little known and, many times, it is debated only in the theoretical and historical scope, little is said about what would be the methodologies and techniques for the reconstruction of the phenomenal world. It is believed that this research can contribute to the expansion of knowledge about Probatica as a science aimed at the reconstruction of facts,

- 1 Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - MG (2005) e Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018), com especialização em ciências penais (2007), especialização em Inteligência e Contra inteligência, com ênfase em combate a fraudes e na proteção e controle de informações sensíveis, (2009), bem como formação em política e estratégia pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra de Minas Gerais (2009). Mestre em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento, realizando pesquisa sobre a Teoria da Prova (Probática), junto a universidade FUMEC - MG (2022), Membro e Coordenador de Comunicação da Comissão de Estudos Estratégicos - CESTRAT OABMG, Membro da Comissão de Processo Cível-OABMG, triênio 2022-2024. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8522944352317382>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-2705-0967>.
- 2 Pós-Doutorado pelo Programa de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento. Possui MBA em Engenharia de Software e Governança de Tecnologia da Informação e Graduação em Sistemas de Informação. Atuação como Professor do Curso de Ciência da Computação e do Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento da Universidade FUMEC. Experiência profissional em consultorias e Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento, bem como atuou por 15 anos no mercado de Tecnologia da Informação. Atualmente é professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento da Universidade FUMEC. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3500824322517512>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2346-0187>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva; CORRÊA, Fábio. Probática: a ciência da prova dos fatos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 30-43, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9233>.

contributing to the jurisdiction of the effective exercise of the guarantees of ample defense, contradictory, parity of arms, legality and consequent exercise of decision-making influence, in reason for the qualified production of evidence.

Keywords: probatic; proof theory; knowledge creation.

1. INTRODUÇÃO

Na prática, muitos profissionais do direito fazem uso de técnicas particulares de caráter intuitivo, não científico e não concatenados na construção da prova dos fatos nos mais variados casos. Isso traz prejuízo na formação da prova como elemento de convicção, influenciando negativamente o convencimento exteriorizado na decisão.

Tal fato também pode ser contabilizado pelo desconhecimento que a prova, como meio de conhecimento dos fatos que se concebe na reconstrução da realidade de forma independente ao processo, está incluído em ciência própria denominada de Probática ou Teoria da Prova (Brêtas, 2016b; Sabaté, 2012; Calheiros, 2015; Herrera, 2019).

A Probática é ciência autônoma ao processo (Direito Probatório) e tem como objetivo reconstruir fatos e fenômenos do mundo exterior já ocorridos, muitas vezes, amparada por métodos científicos para posterior uso como prova em processos judiciais, passando a servir, neste caso, ao Direito Probatório. Segundo Abbagnamo (2003) *apud* Pereira (2010), em sentido geral:

[a] *prova*, em sentido geral, segundo N. Abbagnamo (2003, p. 8050) é todo “procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui prova todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho, efetuar uma indução são provas tanto quanto demonstração da matemática e da lógica. Portanto, esse termo é mais extenso que *demonstração*: as demonstrações são prova, mas nem todas as provas são demonstrações”. Segundo o autor, referindo-se a esse conceito, explica que ele foi estabelecido em sentido restrito por Aristóteles, para quem a *prova* é o que produz saber, diversamente do *indício* que proporciona apenas conhecimento provável (Abbagnamo, 2003, *apud* Pereira, 2010, p. 250).

Nesse sentido, esta pesquisa realiza uma reflexão sobre a Probática como ciência do método de reconstrução da prova enquanto conhecimento sobre fatos juridicamente relevantes, não se servindo dos tradicionais debates correntes sobre a prova no processo, apoiando tal perspectiva na modernidade que convoca a transposição da racionalidade instituída em vigência a outras áreas do saber.

2. DOS FATOS E SUA REPRESENTAÇÃO

Existe uma lacuna teórica relacionada à construção dos fatos que é distinta das normas jurídicas e servem a estas como subsídio ao fundamento de uma decisão jurídica como ele-

mento de prova. Assim, a dimensão empírica da criação da prova, como fundamento sobre as decisões e o fato em litígio, apresenta expressiva importância (Taruffo, 2014).

A variedade dos tipos de factos cujo o conhecimento terá de ser estabelecido nos processos judiciais, e de que depende a solução jurídica a adoptar, constitui um desafio enorme à capacidade dos juristas, impondo-se que estes possam munir-se de ferramentas adequadas para lhe fazer face, a maioria das quais se encontra situada em outras áreas do saber a convocar (Calheiros, 2015, p. 22).

Dito isso, dados e fatos ocorridos no mundo exterior interessam à Probática, pois são insussumos para a construção de um conjunto probatório que será regulado pelo Direito Probatório, em que a parte processual, por meio da prova, exercerá influência decisória, que será objeto de dada decisão, e deverá ser fundamentada observando a valoração do conjunto probatório.

Se, em suma, a *norma jurídica* é posta, sendo declarada *objetivamente válida*, realizando a integração dos *fatos* segundo *valores*, no momento de interpretá-la, e aplicá-la devemos percorrer o mesmo, ou seja, compreendê-la como *estrutura*, cujo o significado é dado pelos *fatos* que a condicionam e pelos *valores* que a legitimam. Não é outra se não essa a razão de ser da compreensão das *fontes* de direito em termos de *modelos jurídicos* (Reale, 1994b, p. 33).

Dessa forma, quando da ocorrência de um fato particular fenomênico se exige sua confrontação com a norma jurídica, se faz necessário realizar a operação denominada subsunção. Conforme Almeida (2013, p. 24 *apud* Alsina, 1961, p. 62):

A operação consiste em um enlace lógico de uma situação particular, específica e concreta, com a previsão abstrata, genérica e hipotética, contida na lei, denomina-se na doutrina moderna de subsunção. Quando os processualistas italianos falam de aplicação do direito ao fato, querem significar o mesmo momento da operação lógica do juiz que os processualistas alemães chamam de subsunção do fato específico na norma; as duas expressões diversas derivam do fato de que o fenômeno se contempla de dois pontos de vista diferentes; enquanto a expressão italiana indica o fato como termo imóvel ao qual a norma se sobrepõe e adapta por obra dos juízes, os alemães, acaso como maior exatidão e eficácia, indicam como termo móvel a norma sobre a qual o fato concreto vem a ser abstraído e qualificado; de maneira que a aplicação do direito ao fato e subsunção do fato a norma, são atividades recíprocas e concomitantes, que tratam ambas de decidir se no fato específico e concreto se verificaram todas as condições que a norma apresenta a hipótese, ou seja, se o fato específico designado abstratamente na norma se realizou inteiramente no caso concreto (Almeida, 2013, p. 24 *apud* Alsina, 1961, p. 62).

A norma, portanto, qualifica o fato e o fato qualifica a norma, e assim se estabelece reciprocamente significado, tendo como resultado a valoração do fato à norma e sua justaposição no caso particular. Neste sentido, a prova é o meio pelo qual é possível a demonstração da ocorrência ou não de fatos disciplinados pelo direito objetivo e seu entrelaçamento, no caso particular, com o direito subjetivo.

Em *O Direito como Experiência*, dedico atenção especial ao conceito de “fato no direito”, mostrando que ele envolve tanto aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas adquire significado “*inter homines*” (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), como aquilo que intencionalmente é feito e se refere “*ad alios*”. “Fato” é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao participio passado *factum*, de

fieri (acontecer), como de *facere* (fazer). Na mencionada obra, assim como em *Experiência e Cultura*, lembro que, a luz da Epistemologia contemporânea, não há *fato bruto* ou *fato puro*, pois todo fato já implica um ângulo de captação, certa colaboração teórica que torna possível a sua compreensão intelectual. Desse modo, o fato, e notadamente o fato de que cuida o jurista, é algo que somente o é enquanto se situa no envolver da história, recebendo significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorre (Reale, 1994a, p. 95).

Desse modo, a decisão jurídica não deve pautar-se somente nas regras e normas do procedimento ou processo, mas também na realidade reconstruída e de forma mais verossímil possível. Neste sentido, Cernelutti (2016, p. 141) pondera que a representação é uma abstração da realidade e “[...] ela desperta a ideia de um fato, o qual justamente constitui seu equivalente sensível. O mecanismo da representação está na substituição de um fato por outro como objeto de percepção para determinar a mesma ideia”.

Assim, em Cernelutti (2016), a prova, que diz ser verossímil, é no sentido de fato representativo (forma de apreensão fática) e não de fato representado (proposicional idealizado). Deste modo, há ressonância da compreensão aristotélica de fatiamento da realidade, sendo o fato representativo um destes infinitos estados mentais que participam da formação da compreensão de nossa realidade, o que, novamente, faz lembrar a diferença da Probática como reconstrução fática e o Direito Probatório como análise do valor de verdade do fato representado proposicionalmente.

O que se conhece não é o fato em si, mas, sim, o que é possível apreender da realidade que está intimamente ligada à capacidade do ser humano de julgar as qualidades de determinado fenômeno e de explicá-lo, haja vista que somente é possível, como mencionado, conhecer, como dito, fatias da realidade que se pretende explicar, conforme teorizado por Aristóteles e expresso em Bittar (2003).

Assim, o presente texto, ao se referir à realidade fática, usará o conceito de verossimilhança como representação da realidade e não o de verdade, conforme preleciona Brêtas et al. (2016a):

Por sua vez, Calamandrei, em ensaio publicado no ano de 1955, procurou contornar a dificuldade de se sustentar a concepção de que a prova se destina a demonstrar a verdade dos fatos no processo, substituindo a ideia de verdade pela ideia de verossimilhança. A tanto, recorreu as considerações da Wach, expostas em texto publicado em Bonn, no ano de 1896, que Calamandrei transcreveu no original – “*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlich-Keitsbeweis*” – e que o próprio Chiovenda traduziu – “*todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud*” – daí concluindo – “*todo juízo de verdade se reduce logicamente a um juicio de verosimilitud*” (Brêtas et al., 2016a, p. 108).

Isso porque, invocando novamente o filósofo grego Aristóteles, o conhecimento da realidade se dá por meio do conjunto sensorial humano que apreende os fenômenos do mundo exterior, promovendo registros mnemônicos setoriais de uma única experiência da realidade (Bittar, 2003).

Essa abordagem, que também é psicolinguística, ao guardar ressonância com os vários contextos fáticos da sociedade, já que decisões diárias são tomadas conforme a percepção que se tem de um dado fato.

3. PROBÁTICA COMO CIÊNCIA DA PROVA DOS FATOS

Diante disto, Muñoz Sabaté (2012), jurista espanhol e autor de várias obras relacionadas à Probática, comunga da ideia de que a prova, no âmbito da Probática, deve ser produzida metódicamente, por meio de um complexo de atividades de forma ordenada, de modo a conseguir estabelecer e produzir as provas necessárias a um caso concreto.

Tal declaração metódica será traduzida em sua <<fórmula heurística (FH)>>, vista como o resultado de um <<conjunto de complexas atividades intelectuais e materiais geralmente elaboradas pelo advogado da parte proponente, e que é cristalizado na ordenação síntese das provas consideradas necessárias>> (Herrera, 2019, p. 26 *apud* Sabaté, 1967, p. 69).³

Dessa forma, a Probática como ciência autônoma ao processo não se restringe à dimensão estrita de regulação legal da prova, pois possui como um de seus objetivos reconstruir tecnicamente fatos e representações fenomênicas do mundo exterior que, segundo Sabaté (2012), possui a seguinte significação etimológica:

O temo <<Probática>> corresponde a combinação da palavra <<prova>> com a expressão grega tekhené (arte, técnica). De uma forma anedótica, diremos que não tem nada a ver ou relacionar com a palavra “piscina probática” a qual a famosa piscina ao templo de Salomão para limpar e purificar o gado em Jerusalém (Sabaté, 2012, p. 24).⁴

Neste sentido, Keller (2009) anuncia que

“ciência” pode ser definida como “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar os conhecimentos sobre determinado âmbito de coisa segundo determinada perspectiva”. Também os elementos dessa definição carecem ainda de explicitação. “Expressões abarcam frases, regras (por exemplo, também, indicações simbólicas de atuação), fórmulas (por exemplo, também fórmulas estruturais de combinações químicas), além de formas de enunciação, como as empregadas na lógica, mas também signos lógicos e matemáticos, assim como representações e projetos de modelos gráficos; resumindo tudo que serve para conservar os resultados do processo de conhecimento para além do momento (Keller, 2009, p. 59).

Pelo exposto, verifica-se que a Probática se encontra no âmbito da praxeologia, já que possui, como um de seus objetivos, explicar a ação humana. Como assinalado por Sabaté (2012, p. 25, grifo nosso), “poderíamos definir a Probática como a ciência que trata dos fatos no processo. O fato, é, pois, a unidade o elemento básico fundamental da Probática [...] que estudam os processos de decisão e a solução de um determinado problema”⁵.

3 Do original: “Tal exposición metódica se traducirá en su <<fórmula heurística (FH)>>, vista como el resultado de un <<conjunto de complejas actividades intelectuales y materiales elaboradas güeramente por el abogado de la parte proponente, y que se cristalizan en la ordenación sintética de las pruebas consideradas como necesarias>>” (Herrera, 2019, p. 26 *apud* Sabaté, 1967, p. 69).

4 Do original: “El término <<Probática>> responde la combinación de la palabra <<prueba>> con la expresión griega tekhné (arte, técnica). De modo anecdótico diremos que nada tiene que ver o relacionarse con la voz <<piscina Probática>> a la que respondía en Jerusalén una famosa piscina adosada al templo de Salomón para limpiar y purificar las reses” (Sabaté, 2012, p. 24).

5 Do original: “podríamos definir la Probática como la ciencia que trata los hechos en proceso. El hecho es, pues, la unidad o elemento básico fundamental de la Probática [...] que estudian los procesos de decisión y la solución de un determinado problema” (Sabaté, 2012, p. 25).

Buscando Miguel Reale (1994a), diante da tridimensionalidade do direito, fato valor e norma, a Probática encontra-se nos fatos e o Direito Probatório no valor e na norma.

Em suma, termo “tridimensional” só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converte-se em *fato*, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer que se considera a experiência jurídica estaticamente, em sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito da gama de valores, interesses e motivos de que se compões a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “*práxis social*,” mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente (Reale, 1994a, p. 77).

Nesse sentido, sendo o Direito Probatório⁶, segundo (Andrade, 2015) um “*espaço democrático discursivo de legitimação de aplicação do direito*”, que possui também como objeto o conhecimento das normas procedimentais e processuais quanto à aplicação da prova, que independentemente da matéria, seja essa cível, administrativa, trabalhista, eleitoral, legislativa, seja penal, que irá variar de regramento para regramento se relaciona com a Probática de forma interdisciplinar.

Costuma-se falar em jurisdição cível, penal ou trabalhista, divisão nitidamente vinculada ao ramo do direito cujas regras são aplicadas preponderantemente na solução do caso concreto submetido a apreciação do estado, mediante pronunciamento jurisdicional gerado em contraditório no processo. Entendemos que essas caracterizações são desprovidas de rigor científicos, porque a jurisdição é uma e indivisível. Estamos de acordo com o pensamento doutrinário que não admite divisões ou fracionamentos da jurisdição, face ao seu conceito unívoco, porque, se a jurisdição é exercício de atividade-dever pelo Estado, forçosamente há de ser única, sendo ilógico e contraditório conceber-se existência de várias jurisdições no mesmo estado, até porque, sublinhe-se, jurisdição é função do essencial do Estado, para a realização do direito em sua totalidade (Brêtas, 2018, p. 49).

O método de ordenação probatório é denominado por Sabaté (2012) como Fórmula Heurística, que é composto por atividades físicas e intelectuais que objetivam trazer resultados concretos junto à produção de provas, o que possui singular similaridade com processos investigativos. Conforme é 6:

Nesse sentido, o desenvolvimento probatório deve observar as regras de aplicação de inserção da prova junto ao Direito Probatório, bem como demonstrá-la por meios racionais, argumentativos e científicos.

Para Bentham (1835, p. 14, grifo nosso), “em todas estas questões é dever do juiz, da melhor forma possível, compará-las e decidir segundo sua força probatória. Assim, a arte do processo judicial nada mais é do que a arte de produzir provas”⁷.

6 “Há um processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que prepararam o provimento, daqueles que nele são interessados” (Plínio, 1992, p. 115).

7 Do original: “En todas estas cuestiones el deber del juez de otra en la mejor posible, compararlas y decidir según su fuerza probativa. Así, el arte del procedimiento judicial no es esencialmente mas que el arte de producir las pruebas” (Bentham, 1835, p. 14).

Com o amadurecimento teórico, Sabaté, em 1983, mudou a denominação de sua Fórmula Heurística para Fórmula Probática, o que também pode ser chamada de “quadro de provas” (Herrera, 2019, p. 59), que compreende a realização de operações decodificadoras expositivas do conjunto probatório.

Tal modelo teve inspiração em Wigmore⁸, consistindo sua representação na forma de um Heurigrama, que é uma planilha de apontamentos desenvolvida conforme o interesse probatório, relacionando os meios de prova, os fatos e outras inferências que contribuam para o desenvolvimento probatório.

Quadro 1 – heurigrama de Sabaté

Hoja N°				Caso: N° Expediente judicial	
Genothema Probandi					
Thema Probandi					
Subthema					
Fijación					
Verificación					
Información					
Argumento					

Fonte: Adaptado de Sabaté (2012, p. 210).

Esse tipo de orientação probatória tem como entraves, pela dificuldade de análise conjugada, fatores methaheurísticos, sendo circunstâncias econômicas, psicológicas, sociais e políticas que influenciam o trabalho de investigação e, conseqüentemente, interferem, de modo negativo, na interpretação e valoração da prova pelo magistrado, quando não considerados ou quando considerados de forma equivocada (Herrera, 2019 *apud* Sabaté, 1967).

Assim, a técnica aplicada à Probática trata de vários pontos relevantes na produção da prova, transcendendo a dimensão jurídica procedimental, já que a prova é compreendida como meio para a demonstração de representações da realidade ocorridas em uma dada situação particular.

4. PROBÁTICA EM SUA MULTIDISCIPLINARIEDADE

Dada a complexidade na produção de provas, um dos caminhos para se compreender a Probática é o de se mergulhar em conhecimentos multidisciplinares, direcionando-os à prova como meio de reconstrução de representações da realidade sem a clássica análise da prova no processo, tendo como contributos o apoio científico, a exemplo da psicologia, criminalística entre outras.

⁸ “Henry Wigmore (1863-1943) é, até hoje, o estudioso da prova mais conhecido e prestigiado do mundo anlo-saxónico. O jurista norte-americano escreveu a influente obra *Treatise on the Anglo- America System of Evidence in Trials at Comon Law* (1904) e logrou-nos um método de análise de prova conhecido pela expressão *Wigmore Chart*” (Calheiros, 2015, p. 23).

Diante da multidisciplinaridade apontada, a organização das informações adquiridas, em razão da criação probatória, tem como um de seus objetivos o de mitigar a possibilidade de erro sobre a análise da prova no âmbito fático. Para tanto, deve-se aplicar, nos casos concretos, áreas do saber diversas que sejam capazes de articular diferentes espécies de conhecimento na atividade de desenvolvimento da prova, de forma clara e objetiva, levando em consideração somente os elementos que interessem à demonstração de determinado evento juridicamente relevante ao caso, evitando, assim, uma análise fragmentada dos fatos que transcendam aquilo que é o objeto da prova que se quer demonstrar.

Nesse sentido, existiram tentativas de estabelecer um modelo com o intuito de organização da prova, como o do americano John Wigmore, um dos precursores no desenvolvimento de um modelo probatório.

O que WIGMORE se esforçou por demonstrar foi que a prova – e é esta a lição que podemos dele aprender –, antes de ser juridicamente regulada, é governada pelas regras da própria racionalidade, da lógica, dado o seu caráter indutivo e inferencial. As preocupações pedagógicas do autor norte-americano levaram-no a conceber um método – o *Wigmore Chart*, atrás aludido – com vista a permitir recolher a totalidade de inferências probatórias realizadas a partir de um conjunto de provas, assim identificando objectivamente as razões pelas quais certo facto deveria ter-se, ou não, por provado (Calheiros, 2015, p. 24).

Por conseguinte, Calheiros (2015) alude:

A *chart* consistia numa lista de símbolos para distintos tipos de prova e a sua respectiva interpretação. Depois o autor fornecia um conjunto de instruções sobre o modo de utilizar os símbolos para construir a análise da “massa de provas” obtidas em certo caso concreto. Algumas das indicações são tão minuciosas que vão ao ponto de indicar o tipo de papel e lápis (incluindo cores) ideais para fazer as anotações. Hoje, é certo, algumas destas indicações far-nos-iam sorrir e é fácil, sem dúvida, ser céptico em relação a adaptabilidade deste método à prática judiciária. Esta foi apenas uma tentativa, entre muitas outras ulteriores (tabelas sequência cronológica, fontes de prova, etc.), de oferecer um método e uma pedagogia para classificação e organização de material probatório, e não foi especialmente bem-sucedida (Calheiros, 2015, p. 26).

Nota-se que a Probática, a exemplo do *Chart* de Wigmore, deve enfrentar com seriedade sua consistência metodológica, a cada caso particular, visando aplicar conhecimentos de modo a explicar a realidade ou parte dela de forma eficiente e sem perder o seu caráter pragmático. A Probática, como exposto, possui bases científicas devendo fornecer representações da realidade de forma verossímil, que se destinarão ao exercício de influência decisória.

Observado o citado insucesso do modelo de Wigmore mencionado por Calheiros (2015), tal autor revela a necessidade de articulação da Probática com outras ciências, exigindo desta, talvez, uma revisão de seu atual modelo, já que este deve ser capaz de, no âmbito da prova, considerar provisoriedade do conhecimento probatório diante da falibilidade dos meios de conhecimento da realidade, bem como a complexidade informacional da atualidade.

As novas ciências – e as velhas ciências ... – não vieram, portanto, tornar fácil a descoberta da verdade na aplicação do direito, como em tempos muitos auguraram. Se os juristas acreditaram que sim, iludiram-se seguramente. Ao juiz não se pede, claro está, que converta num “cientista amador” (coisa que seria humanamente impossível, mesmo que o quisesse ser a modo mera-

mente diletante), mas antes que “conheça as condições que devem estar reunidas para que uma informação possa ser dotada de validade científica [...] o juiz deve conhecer a ciência e sabê-la interrogar” (Calheiros, 2015, p. 144-145).

As mudanças de comportamento e o avanço tecnológico da atual sociedade convocam várias ciências, principalmente as de cunho prático, a necessidade de uma articulação multidisciplinar, a fim de adequar-se aos “novos tempos”, não sendo diferente com a Probática, que tem grande relevância na instrumentalização do Direito Probatório, podendo influenciar positivamente o resultado de vários procedimentos e processos judiciais. Como articulado por Calheiros (2015),

[a] variedade dos tipos de factos cujo o conhecimento terá de ser estabelecido nos processos judiciais, e de que depende a solução jurídica a adoptar, constitui um desafio enorme a capacidade dos juristas, impondo-se que estes possam munir-se de ferramentas adequadas para lhe fazer face, a maioria dos quais se encontra situada em outras áreas do saber a convocar (Calheiros, 2015, p. 22).

O filósofo Karl Popper aponta uma direção, pois sua metodologia do falsificacionismo prescreve que enunciados científicos devem ser objeto de questionamento sempre que houver boas razões para sua substituição. Assim, o conhecimento é mutável e dinâmico, devendo o modelo em questão observar tal particularidade.

A resposta do tribunal superior dos EUA assentou largamente na adesão assumida aos posicionamentos defendidos por Karl Popper e sua teoria do falsificacionismo, com a qual o autor de origem austríaca desafiou o entendimento clássico da ciência. Vale a pena recordar aqui alguns dos seus aspectos estruturais. A partir de sua obra *Lógica da Descoberta Científica*, é-nos apresentada a sua tese a respeito da assimetria dos enunciados universais, segundo a qual nenhum número finito de observações positivas permite validar definitivamente um enunciado universal, enquanto uma só observação negativa é suficiente para o invalidar. O exemplo de escola citado habitualmente é o de que por mais cisnes brancos que encontremos nunca poderemos ter certeza de que todos os cisnes são brancos, mas basta encontrar um negro para demonstrar a falsidade do enunciado “todos os cisnes são brancos”. A visão de POPPER sobre ciência, que na sua perspectiva evolui por uma série de tentativas e erros sucessivos, contribuiu para criar uma imagem dessacralizada daquela, em que cada etapa vencida, cada teste ultrapassado vitoriosamente, o é apenas de modo provisório, até uma futura prova contrária. Estamos, portanto, em face de uma visão que paradoxalmente confronta o meio judiciário – ávido de certezas definitivas – com a incerteza profunda do conhecimento (Calheiros, 2015, p. 131-132).

O que se espera é que a Probática oriente o desenvolvimento probatório no sentido de responder questões básicas atinentes à produção da prova no caso particular, tais como: quais são os passos iniciais no desenvolvimento probatório? Como dar significado ao ambiente? Que caminho escolher? Quais as provas necessárias? Quais são os meios de obtenção de provas? Quais diligências serão necessárias? Quais os recursos disponíveis? Haverá necessidade de aporte de outras ciências? A cadeia de custódia da prova foi observada? Como assegurar a legalidade da prova produzida? Como disseminar o conjunto probatório desenvolvido no processo de forma a exercer maior capacidade de influência decisional?

5. PROVA E INFLUÊNCIA DECISÓRIA

Após a solução das questões referentes à produção da prova com sua disseminação no processo judicial, espera-se que seu beneficiário promova o convencimento do magistrado das alegações da ocorrência ou não de um determinado fato com fundamento na prova produzida.

O exercício da prova no âmbito probatório dá-se pela possibilidade de as partes – sujeitos do processo – dialogarem, visando influenciar o convencimento do juiz no exercício pleno do contraditório. Assim,

[s]egundo a doutrina de José Lebre de Freitas, conceituado processualista português, que seguimos de perto, apontada concepção mutilada de contraditório restou substituída por *“noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do rechilliches Gebor germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio mediante, a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrarem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para decisão.”* Prossegue o autor ora invocando na sua explanação, com a doutrina de Trocker, *“o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo da oposição ou resistência da actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo* (Brêtas, 2015, p. 122, grifo do autor).

A efetividade na produção de provas tem como consequência a participação efetiva do sujeito no desenvolvimento do litígio mediante a construção da decisão jurisdicional, via produção probatória eficiente, de forma a influenciar, exitosamente, o provimento judicial. Neste sentido, assim é prescrito no artigo 155 do Código de Processo Penal (CPP)⁹.

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente induzir no espírito a crença de estarmos na posse da verdade, Para se conhecer portanto, a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação. [...] Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela ação da prova, ter-se-á determinado o valor intrínseco dela (Malatesta, 2001, preâmbulo).

A ampliação da influência probatória deve ser regida por métodos e técnicas qualificadas, antes distantes do jurisdicionado “comum” que pode, agora, com o uso de técnicas e métodos de uma ciência própria à produção de provas, realizar de forma efetiva o direito à ampla defesa e ao contraditório de forma paritária, que guarda sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, conferindo à Probática democraticidade à produção de prova e eficiência no diálogo processual.

A nosso ver, contudo, essas noções ainda se revela incompletas, pois o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o *quadrinômio* estrutural do contraditório (e não *binômio* ou *trinômio*), ou seja *-informação -reação - diálogo*.

9 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Trecho do Código de Processo Civil.

logo – influência – como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Essa concepção de contraditório que vislumbramos, na perspectiva de seu quadrinômio estrutural, na dinâmica de qualquer procedimento, impõe nova postura do agente público julgador, que deve ser juiz-dialogador do processo. Daí que, de forma acertada, normas do código de processo Civil de 2015 prescrevem que o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, deverá resolver questões processuais pendentes, delimitar questões de fato e de direito (questões de mérito) e definir a distribuição do ônus da prova. Assim deverá fazê-lo sob a designação de audiência com tal objetivo, se as questões de mérito discutidas no caso concreto revelarem complexas (artigo 357). Porém, diante das considerações até agora expendidas, em conformidade com o devido processo constitucional e em face do considerado quadrinômio estrutural do contraditório, que estrutura a dinâmica do procedimento, o juiz não poderá proferir a decisão de saneamento e de organização do processo de forma solipsista, ou seja, sem a participação das partes, menosprezando o contraditório¹⁰ (Brêtas, 2018, p. 130-131).

Ainda neste sentido, assinala Taruffo:

Outra característica relevante da relação intercorrente entre as partes e as provas é a do *direito a prova*, que é já comumente reconhecida como uma das manifestações mais importantes das garantias fundamentais relativas ao direito de agir e de se defender em juízo (Taruffo, 2016, p. 197, grifo do autor).

Conforme Sabaté (2012),

[c]omo qualquer técnica, a probática envolve tanto uma atividade quanto um corpo de conhecimento. Ensina a provar, mas ao mesmo tempo observa, descobre, define e classifica os fatos e fenômenos de que trata, apontando ao mesmo tempo os pontos fracos do Direito Probatório (Sabaté, 2012, p. 27).¹¹

Deste modo, esclarece Bentham (1835, p. 231) que “a força probatória de cada fato circunstancial, aplicado ao fato principal, aumenta a força dos demais”¹².

Segundo Brêtas (2018), é no contraditório,¹³ estruturado em forma de um quadrinômio Informação–Reação–Diálogo–Influência, que a prova se coloca como um dos principais objetivos – talvez o mais importante – já que promove o controle epistêmico das decisões mediante

10 Neste mesmo sentido apresenta Silva a influência como característica do contraditório, porém na forma de trinômio: “A preservação do contraditório na relação processual é talvez, uma das mais importantes missões do juiz. Essa assertiva fica mais evidente quando olhamos para o Código de Processo Civil, que dispõe sobre o princípio em seu capítulo de normas fundamentais. Os novos paradigmas trazidos pelo legislador revelam o alinhamento de pensamento à doutrina moderna, que não mais encara o contraditório como a simples garantia da audiência bilateral. Enxergar o contraditório apenas como possibilidade de ciência e reação e uma visão reducionista do princípio. Se é fato que o contraditório possui essa vertente de participação, a doutrina moderna também reconhece a possibilidade de exercer influência sobre o juiz na tomada de decisão como uma terceira característica do princípio. Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca de decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo” (Silva, 2020, p. 425).

11 Do original: “como toda técnica, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimientos. Enseña como probar, pero la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja, señalando a la vez los puntos débiles del derecho probatorio” (Sabaté, 2012, p. 27).

12 Do original: “La fuerza probativa de cada hecho circunstancial, aplicado al hecho principal, aumenta la fuerza de los demás” (Bentham, 1835, p. 231).

13 “O contraditório não é “dizer e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno de interesses divergentes sobre conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia simétrica paridade de participação no processo” (Plínio, 1992, p. 127).

o exercício de influência. Importante destacar a diferença existente entre valoração da prova e valorização da prova.

A **valoração** da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do **elemento** de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela **valorização**, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento² e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade formal e material. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a valorização da prova, comparando os diversos elementos de prova de sua estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferências a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes (Leal, 2010, p. 215-2016, grifos do autor).

Um conjunto probatório robusto e bem articulado amplia a capacidade do beneficiário da prova no exercício de influência decisional, aumentando suas chances de êxito quando da aplicação da prova junto a um dado procedimento ou processo judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi o objetivo do presente texto aprofundar nas técnicas e métodos utilizados na produção da prova, mas, sim, o de revelar a existência desta ciência pouco difundida.

Ressalta que, na organização e aplicação da Probática, deve-se possuir condições materiais e humanas que propiciem a prova, empregando métodos e técnicas que visem a coleta de dados e informações para seu tratamento e análise de forma multidisciplinar, qualificando, racionalmente, a prova para posterior uso em procedimento ou processo judicial.

Na Probática, a multidisciplinaridade reside tanto em seu aspecto pragmático quanto em seu aspecto meramente teórico. A prova lida com uma gama de fatos que ocorrem de variadas formas que se instrumentalizam com o auxílio de contributos das várias áreas do conhecimento.

A revisitação da Probática, considerando o novo cenário tecnológico e social na contemporaneidade, trará ganhos teóricos e práticos, já que o aporte de novas perspectivas com técnicas que visem à prática probatória ainda tem pouca representatividade nos debates acadêmicos.

Enfrentar tais limitações também consiste em democratizar a produção da prova como elemento de participação efetiva do sujeito no desenvolvimento do litígio mediante a construção da decisão jurisdicional, via produção probatória eficiente, de forma a influenciar, exitosamente, o provimento judicial.

Fica o desafio de formar uma consistência metodológica aplicada à Probática em cada caso concreto, na resolução de controvérsias fundadas em questões fáticas, com a aplicação de critérios racionais orientados por hipóteses com fundamentos na prova dos fatos, se revestindo como problema a realização do controle narrativo fático eficiente, como forma de controle epistemológico.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da Teoria geral da prova*: a prova como direito humano e fundamental das partes no processo judicial. São Paulo: LTr, 2013.
- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Processo Constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, p. 281-296, jan./jun. 2015.
- BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Traduzido por Dom José Gomez de Castro. Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835, tomo I.
- BITTAR, E. C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica. Leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri-SP: Manole, 2003.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília-DF: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II, do parágrafo 3º do art. 37 e no parágrafo 2º do art. 216 da Constituição Federal; Altera a Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias et al. [orgs.]. *Direito Probatório*: Temas Atuais. Belo Horizonte: D'Plácido: Brêtas, 2016a. p. 108.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Estudo sistemático do NCPC*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016b.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey: Leal, 2015. p. 13.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016.
- CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). *Direito, processo e garantia*: estudos em homenagem a JJ Calmon de Passos. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Imprenta. Florianópolis: Conceito, 2008.
- DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONÇALVES, Joannisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- HERRERA, Catherine Ricaurte. *Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino*: un punto de partida. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Direito) - Departamento de Filosofia do Direito e Direito Internacional Privado, Universidad de Alicante, Espanha, 2019.
- KANT, Immanuel. *Crítica à razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LUZ, Alexandre Meyer. *Conhecimento e Justificação*: problemas de epistemologia contemporânea. Pelotas: NEPIL online, 2013. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/nepfil/files/2019/02/1-conhecimento-e-justificacao.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Brookseller, 2001.

- McLEISH, K. *Aristóteles: a poética de Aristóteles*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos).
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Imprensa. Coimbra: Almedina, 2010.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994a.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994b.
- ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ROSARIO, Fernando Ruiz. *Racionalidade e verossimilhança segundo Karl Popper*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- SABATÉ, Luis Muñoz. *Curso Superior de Probática Judicial: como probar los hechos en el proceso*. Madrid: La Ley, 2012.
- SABATÉ, Luis Muñoz. *La puebra de indicios en el proceso judicial: análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policia*. Madrid: La Ley, 2016.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Imprensa. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TOCCHETTO, Domingos; ESPINDULA, Alberi. *Criminalística: procedimentos e metodologias*. 4. ed. Campinas-SP: Millennium Editora, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 08/07/2024
- Avaliação 2: 30/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2024
- Retorno rodada de correções: 05/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O DIREITO DO TRABALHO E O CORONAVÍRUS: UMA NECESSÁRIA LEITURA DA TEORIA DA ENCRIPTAÇÃO DO PODER

THE LABOR LAW AND THE CORONAVIRUS: A NECESSARY
READING OF THE THEORY OF ENCRYPTION OF POWER

DANIELLA STEFANELLI¹

CLÁUDIO IANNOTTI DA ROCHA²

MARIA JÚLIA FERREIRA MANSUR³

RESUMO

A pandemia da COVID-19 impôs a adoção de uma série de medidas, não apenas sanitárias para contenção da proliferação do vírus, mas também legislativas visando amenizar os efeitos sociais e econômicos negativos dela oriundos. Tendo como justificativa o estado de calamidade pública decretado em virtude da crise vivenciada, o Poder Executivo exerceu sua função atípica de natureza legislativa ao editar Medidas Provisórias, algumas posteriormente convertidas em Lei, que sob a promessa de atenuar os impactos da pandemia acabaram por, disfarçadamente, retirar parte dos direitos e das garantias dos trabalhadores, alguns dos quais constitucionalmente previstos. O presente artigo, filiado à linha crítico-metodológica, utiliza-se da vertente jurídico-teórica para promover uma análise do movimento de flexibilização e de retirada de direitos trabalhistas, à luz da Austeridade e da Teoria da Encriptação do Poder, a fim de demonstrar o papel do direito nesse cenário, compreendendo as mudanças realizadas especialmente entre a Reforma Trabalhista e o Microsistema Excepcional Trabalhista.

Palavras-chave: COVID-19; direito do trabalho; microsistema excepcional trabalhista; flexibilização de direitos trabalhistas; teoria da encriptação do poder.

- 1 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos grupos de pesquisa "O direito civil na pós-modernidade jurídica" (UFES), "Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas" (UFES) e "Constituição, Trabalho e Processo: a dignidade do ser humano como matriz epicentral do Estado Democrático de Direito" (UFES). Advogada. Pesquisadora. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8880566720182371>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4651-3288>.
- 2 Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa "Trabalho, constituição e cidadania" (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.
- 3 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa "O direito civil na pós-modernidade jurídica" (UFES-CNPq) e "Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES). Pesquisadora. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5848-2020>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

STEFANELLI, Daniella; ROCHA, Cláudio Iannotti da; MANSUR Maria Júlia Ferreira. O direito do trabalho e o coronavírus: uma necessária leitura da teoria da encriptação do poder. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 44-56, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9318>.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic demanded the adoption of a series of measures, not only of sanitary nature to prevent the spread of the virus, but also legislative changes to mitigate the social and economic harmful effects that come from it. Due to the state of public calamity, decreed at a time of crisis, the Executive Power, exercising an atypical function of a legislative nature, issued a series of Provisional Acts, some later converted into Law, which, under the promise of mitigating the impacts of the pandemic, end up to withdraw from workers part of their rights and guarantees, including those constitutionally established. In this sense, the present essay, affiliated to the critical-methodological line, uses the legal-theoretical aspect to promote an analysis of the movement of flexibilization and the withdrawal of labor rights, in the light of austerity and the Theory of Encryption of Powers, in order to demonstrate the role of the Law in this scenario, from the Labor Reform to the Exceptional Labor Microsystem.

Keywords: COVID-19; labor law; exceptional labor microsystem; flexibilization of labor law; theory of encryption of power.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar como a diretriz política de retirada e de ataque aos direitos trabalhistas normatizada no Brasil especialmente durante a crise sanitária causada pela COVID-19, originando o Microsistema Excepcional Trabalhista (ou Direito do Trabalho Soft), subtrai direitos e garantias fundamentais da classe trabalhadora, apesar desses direitos e garantias estarem previstos constitucionalmente, inclusive na qualidade de cláusulas pétreas.

A problemática será analisada à luz da Teoria da Encriptação do Poder, a partir da qual resumidamente se entende que o direito é manipulado de forma a efetivar os interesses de apenas uma classe social, gerando a ineficácia da Constituição Federal ao deixar à margem as classes mais desprotegidas, como no caso dos trabalhadores. Assim, a pesquisa apurará como o direito, com a elaboração de enunciados normativos, pode servir como instrumento para impedir o alcance da igualdade material, legitimando a verdadeira dominação de uma classe social pela outra, e, por consequência, indo de encontro à efetividade da democracia, mediante a manutenção de cenários que agravam a assimetria e a desigualdade social, sobretudo em matéria de direitos trabalhistas, o que contribui para a estratificação e a segregação social.

Percebe-se, portanto, uma inversão da lógica do ordenamento jurídico, fazendo com que normas infraconstitucionais – assim entendidas as decorrentes de regras jurídicas que não compõem o texto constitucional, sendo, por isso, a ele hierarquicamente inferiores –, violem a efetividade da Constituição Federal de 1988, desnaturando o constitucionalismo. Tal situação é notada com as Medidas Provisórias n. 927 e n. 936, ambas de 2020, enquanto regramentos infraconstitucionais precários, porquanto oriundas do exercício da função atípica de natureza legislativa pelo Poder Executivo, sem enfrentamento do processo legislativo ordinário.

Momentos de crise, como os vivenciados durante toda a pandemia da COVID-19, reclamam a expansão da efetividade das normas constitucionais, por conseguinte, dos direitos e das garantias fundamentais por elas tutelados, com supremacia hierárquica sobre as demais.

O artigo filia-se à linha crítico-metodológica, consistindo a vertente jurídico-teórica como a mais adequada ao desenvolvimento deste estudo que, a partir de uma aproximação dos planos teórico e prático, utilizará elementos conceituais e doutrinários para a compreensão dos fenômenos jurídicos analisados, não de modo isolado, mas por uma ótica social, econômica

e cultural, com vistas a verificar como a Teoria da Encriptação do Poder pode colaborar para a compreensão dos efeitos negativos da retirada dos direitos e das garantias trabalhistas, que é observada de forma mais acentuada diante do Microsistema Excepcional Trabalhista.

Quanto à investigação, serão empregados os tipos jurídico-interpretativo e jurídico-propositivo, diante da necessidade de se compreender os problemas objeto da pesquisa por intermédio de procedimento analítico de decomposição, a fim de oferecer sugestões para a resolução de impasses jurídicos mais acentuados – que podem exercer influência sobre as searas econômica, social e cultura – pelo questionamento de normas e de institutos do direito.

Por fim, será usado o raciocínio indutivo, partindo da verificação de fenômenos e de fatos em sentido à busca de constatações gerais que sirvam, eventualmente, como premissas comuns a diversos aspectos da problemática em discussão. Apresenta-se nessa proposta, como marco teórico, a Teoria da Encriptação do Poder, trabalhada por Ricardo Sanín Restrepo.

2. A AUSTERIDADE E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

A abordagem do tema objeto desta pesquisa tem como marco temporal inicial o dia 10 de maio de 1944, o qual marca simbolicamente um processo de crise e de reforma que resultou na Proclamação da Declaração da Filadélfia, adotada pela Organização Mundial do Trabalho (OIT) a partir de sua 26ª Conferência como a principal ferramenta para reafirmar os objetivos e os princípios orientadores da organização no pós Segunda Guerra Mundial. Anos mais tarde, precisamente na Conferência Geral realizada em Montreal em 1946, a Declaração da Filadélfia tornou-se parte da Constituição da OIT, sendo integrada ao seu primeiro artigo.

Essa declaração, voltada para a reconstrução do mundo naquele período, estabeleceu a “importância da dimensão social e, muito particularmente, do valor do trabalho e dos seus direitos, assentes no princípio de que ‘o trabalho não é mercadoria’ e na valorização deste como mecanismo de redistribuição e promoção da justiça social” (Ferreira, 2011, p. 121). O consenso internacional de Filadélfia teve a necessidade de regular o mercado, até como medida para preservar as classes mais fracas dos seus efeitos negativos, o que “afirma a ideia de regulação internacional do econômico e do social” (Ferreira, 2011, p. 121).

Contudo, esse padrão não vem sendo mantido/estabelecido, porque desde o início da década de 1980 a flexibilização do Direito do Trabalho surgiu na Europa Ocidental como um elemento estratégico complexo, construído com a finalidade de controlar os efeitos negativos, sobretudo econômicos, ocasionados pelo segundo choque do petróleo em 1979 (Feliciano, 2013). Tal flexibilização reflete uma diretriz política em que imperativos econômicos acabam por justificar a postergação ou atenuação de direitos trabalhistas como “meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria social das condições de vida dos assalariados e de seus dependentes” (Feliciano, 2013, p. 135).

Inclusive, como destacado em tópico próprio, em se tratando das recentes reformas legislativas que ocorreram no Brasil, falar em postergação ou atenuação de direitos pode ser considerado brando para os verdadeiros ataques e retiradas de direitos da classe trabalhadora.

Os defensores da mencionada flexibilização argumentam que “o garantismo liberal clássico haveria de ceder à lógica do economicamente possível, para o bem da preservação dos empregos” (Feliciano, 2013, p. 135), pregando e defendendo sobre “a relativização das estabilidade e garantias de emprego, ampliação dos poderes modulatorios do empregador [...] e a expansão dos contratos por prazo determinado” (Feliciano, 2013, p. 135).

Percebe-se o estabelecimento de um paradigma de austeridade, o qual, por meio dos indivíduos e das suas privações subjetivas e objetivas, encontra “as soluções para a crise composta pela nebulosa dos mercados financeiros, do déficit público do Estado e dos modelos econômicos e sociais seguidos nos últimos anos” (Ferreira, 2011, p. 119). Para tanto, o Estado atua difundindo a mensagem de que não há alternativa e de que a culpa pela situação de crise é de todos os indivíduos (Ferreira, 2011), o que, para António Casimiro Ferreira, evidencia que as reformas de austeridade transparecem a dupla lógica de atuação do Estado:

Por um lado, o Estado surge como detendo o monopólio da austeridade legítima, instrumento através do qual assume as tarefas de combater a crise, impedindo a bancarrota nacional, e de proteger os indivíduos da incerteza face ao futuro. Por outro lado, aprofunda o processo de desmantelamento do Estado Social, cujo núcleo é a proteção coletiva dos danos particulares através do triplo processo de privatização dos bens públicos, de individualização dos riscos sociais e de mercadorização da vida social (Ferreira, 2011, p. 122).

Nessa conjuntura há que se considerar, ainda, a transformação pela qual os Estados vêm passando, relacionada às mudanças ocorridas no âmbito dos empregos e às oscilações da relação de forças entre as classes e os grupos que lutam pelo controle (Wacquant, 2003, p. 147). As classes dominantes, como é o caso do grande patronado, aliadas à bandeira do neoliberalismo assumiram uma campanha de sabotagem da potência política que concilia a desregulação social, a ascensão do assalariado precário e a retomada do punitivismo estatal de forma que “a ‘mão invisível’ do mercado de trabalho precarizado encontra seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado que se organiza de maneira a estrangular as desordens geradas pela difusão da insegurança social” (Wacquant, 2003, p. 147).

Assim, o Estado, que antes promovia a regulação das classes populares por meio da oferecimento de educação, saúde, assistência e habitação social propiciado por sua conhecida “mão esquerda”, passa a realizar a regulação de tais classes por intermédio do enrijecimento da polícia, da justiça e da prisão advindo da sua temida “mão direita” (Wacquant, 2003, p. 147-148), como num movimento de marginalização indiscriminada das classes dominadas, assim consideradas as classes economicamente mais frágeis frente ao grande patronado.

Essas são “as contradições de um Estado cuja mão direita já não sabe, ou pior, já não quer o que faz a mão esquerda” (Bourdieu, 2008, p. 218), passando de uma política estatal que tinha o objetivo de agir efetivamente sobre as próprias estruturas de distribuição para uma política estatal que está preocupada simplesmente com a correção dos efeitos da distribuição desigual dos recursos de capital econômico e cultural (Bourdieu, 2008, p. 218-219).

Como efeito, transmuda-se a antiga premissa do direito ao trabalho que tinha como foco os plenos direitos e garantias, para o direito à segurança e à manutenção de uma suposta ordem (Wacquant, 2003, p. 148) que beneficia e favorece a poucos. O projeto neoliberal de desregulamentação e falência do setor público implementa uma política de criminalização

severa da miséria, acentuando o trabalho assalariado precário e sub-remunerado, assim como conferindo aos programas sociais um sentido restritivo e punitivo (Wacquant, 1999).

A importância conferida ao fator econômico nos momentos de crise em detrimento da proteção dos direitos e das garantias – como da própria dignidade – dos trabalhadores, pelo viés da Teoria da Encratação do Poder, tornou-se a tônica das políticas estatais atualmente.

3. A TEORIA DA ENCRATAÇÃO DO PODER NA ESFERA TRABALHISTA

É evidente que a economia influencia fortemente o conteúdo do Direito do Trabalho, todavia, esse influxo nem sempre propicia avanços na proteção do trabalhador enquanto parte vulnerável da relação jurídica. Não raras vezes, questões de ordem econômica servem como pretexto para postergação ou atenuação – até mesmo para ataques ou retiradas – de direitos e garantias dos trabalhadores apesar dessas mudanças, como regra, apresentarem e prometerem um cenário promissor para a classe. Isso deve-se em grande parte ao modelo da austeridade (Ferreira, 2011, p. 122), incorporado por significativa parcela da sociedade mundial.

Por meio do desenvolvimento de ideais liberais e neoliberais, os Estados passaram a questionar, entre outros aspectos, a proteção social, a interferência no setor econômico e a política de realização do pleno emprego em face da inflação (Dardot; Laval, 2016, p. 187), conduzindo a mudanças de comportamentos por

sistemas de coação, tanto econômicos como sociais, cuja função era obrigar os indivíduos [agora vistos como sujeitos empresariais] a governar[em] a si mesmos sob a pressão da competição, segundo os princípios do cálculo maximizador e uma lógica de valorização de capital (Dardot; Laval, 2016, p. 191).

Enquanto tratam das políticas conservadoras e neoliberais, Pierre Dardot e Christian Laval destacam que a nova lógica normativa introduzida a partir dos anos 1980 concede:

ao governo um papel de guardião das regras jurídicas, monetárias, comportamentais, atribui-lhe a função oficial de vigia das regras de concorrência no contexto de um conluio oficioso com grandes oligopólios e, talvez mais ainda, confere-lhe o objetivo de criar situações de mercado e formar indivíduos adaptados às lógicas de mercado (Dardot; Laval, 2016, p. 189).

Com isso, a pessoa humana passa a ser indistintamente vista e tratada como sujeito empresarial (Dardot; Laval, 2016, p. 316), processo que nela incute uma percepção de autorresponsabilidade quanto ao seu desenvolvimento, a ponto de negar contra si mesma seus direitos sociais, entre eles, os direitos trabalhistas (Melo Filho; Andrade, 2021, p. 8).

Uma breve análise evolutiva da legislação trabalhista, a ser melhor tratada adiante, é suficiente para notar que a tônica da flexibilização dos direitos e das garantias nela contidos é a economia, não mais a pessoa humana, contrariando diretrizes basilares da ordem jurídica. Fato é que esse processo não é surpresa para a sociedade em geral, porém, dificilmente ele é percebido a tempo de ser evitado ou revertido, pois o direito, enquanto poder e linguagem, vem sendo utilizado por quem é capaz de manipulá-lo para atingir as finalidades retrocitadas.

Tal fenômeno pode ser explicado com a Teoria da Encriptação do Poder, consistente na “imposição de simulações institucionais de diferenças que condicionam, neutralizam ou proíbem a agência (atuação) política, reduzindo (a diferença) a modelos estáticos e sólidos de identidade que se apresentam como a única forma de poder” (Restrepo; Araújo, 2020, p. 02). Com isso, o ideal da igualdade material, segundo o qual os iguais devem ser tratados de maneira isonômica e os desiguais devem ser tratados na medida das suas desigualdades (Nery Júnior, 1999), orienta os atos políticos e jurídicos apenas em tese, pois na prática as diferenças são conscientemente expurgadas e anuladas pelos detentores do poder. Ainda:

Essa teoria, em resumo, prega que a encriptação é uma forma de “solidificação” do poder, baseada em uma proibição de criação, acesso e uso de qualquer forma de comunicação – tudo isso através de linguagens inacessíveis (encriptadas) àqueles que não detém o poder (o povo). Aqui, refere-se ao Poder do Estado, emanado da população através de seus exercícios democráticos. O propósito da encriptação, operada por aqueles detentores do poder – aqui identificados como Legislativo, Executivo e Judiciário – seria impedir a realização de uma “verdadeira democracia”. Isso se daria através da dificuldade de modelos de comunicação que facilitariam a compreensão da operacionalização do poder por parte do povo, tornando os “criadores das linguagens qualificadas” (como juízes, políticos, agentes públicos etc.) porta-vozes do poder como dominação (Carpes, 2022, p. 148).

As instituições, sobretudo a estatal, conformam sistemas simbólicos fixos e sólidos, cujos significados são intencionalmente ocultados, que conservam “qualificações e condições permanentes para o exercício do poder, e, por conseguinte, por uma estratificação rígida para pertencer a qualquer mundo possível” (Restrepo; Araújo, 2020, p. 03). Por esse motivo, política e direito são exercidos e produzidos por e para grupos e classes sociais determinadas, a fim de atender aos anseios daqueles que seguem um estereótipo específico, restando para os diferentes a dominação (Restrepo; Araújo, 2020, p. 03), exercida de modo velado.

Questionando os significados de liberdade, de democracia e de estado democrático de direito, Fernanda Vieira Souza Carvalhais destaca o direito como elemento que oculta as pessoas que fogem ao estereótipo institucionalizado, exercendo papel inverso ao esperado:

[...] o Estado moderno condiciona a existência do indivíduo à capacidade de representação deste pelo direito, o que equivale dizer que a modernidade não reconhece a existência de sujeitos fora do direito. O direito moderno, por sua vez, apesar de possuir uma base de igualdade formal, tem seu conteúdo e sua interpretação ditado pelo discurso liberal que somente reconhece como sujeito de liberdades e direitos aqueles envolvidos em relações necessárias ao poder econômico. Isso tem como consequência uma exclusão do sistema jurídico, *a priori*, de um conjunto de pessoas rotuladas como não possuidoras de direitos ou possuidoras de direitos entendidos como ilegítimos (Carvalhais, 2015, p. 460).

Não se olvida que a dinamicidade da vida e da sociedade obsta que todas as situações jurídicas estejam previstas e resolvidas em textos normativos gerais e abstratos, como o são os diplomas constitucionais e infraconstitucionais. Todavia, a questão posta vai além, porquanto, via de regra, a exclusão da tutela jurídica dos conjuntos de pessoas dissidentes do estereótipo institucionalizado não apenas é conscientemente operada, como a ampliação desse estereótipo – enquanto medida para que tais conjuntos sejam abarcados pelo direito – é desde a origem obstaculizada por mecanismos legais e jurídicos estruturantes que dificultam sobre-

maneira o reconhecimento e a efetivação dos mais diversos direitos a que essas pessoas fazem jus.

Isso porque o direito, por meio de uma linguagem oculta apreendida por uma classe limitada de pessoas (Restrepo; Araújo, 2020, p. 03), objetivando atender aos interesses de um grupo mais seletivo, passa a atuar contrariamente à democracia, pois ao tempo em que deveria acolher a pessoa humana indistintamente, tendo-a como sujeito de direito com/apesar de todas as diferenças que apresenta, passa a ignorar tais diferenças como medida para abafar os conflitos políticos e sociais (Restrepo, 2012; Carvalhais, 2015). Esse fenômeno acontece porque, entre outras razões, a inversão dos valores elevou a economia ao cerne da tutela jurídica, quando, a bem da verdade, o posto deveria ser ocupado pela pessoa humana, o que já vem sendo muito refutado pela pós-modernidade jurídica (Aronne, 2013, p. 80-84).

Para além disso, a efetividade da democracia “baseada na diversidade e pluralidade de conflitos existentes numa sociedade assimétrica, antagônica e desigual” (Carvalhais, 2015, p. 462) não interessa aos detentores do poder, por ensejar a necessária rediscussão de relações de poder e modelos jurídicos vigentes. A manutenção da democracia formal atende aos anseios de um sistema liberal, eis que “o poder está escondido por detrás do texto jurídico e é ele que determina quais interesses devem ser reconhecidos previamente como legítimos e quais sujeitos devem ser reconhecidos pela ordem jurídica” (Carvalhais, 2015, p. 462).

Quanto ao ponto, menciona-se a democracia na América Latina, com destaque para a história e a tradição política de seus países que, por anos, foram marcados por golpes militares e civis, ditaduras, autoritarismos e outras manifestações não reconhecidamente democráticas (Nery; Andrada, 2014, p. 83-87). Mesmo o Brasil, num passado recente, foi acometido pelos infortúnios da ditadura militar, durante a qual direitos e garantias fundamentais foram desrespeitados e atacados com perseguições políticas, torturas, censuras e mortes, para o que houve influência política e financeira dos Estados Unidos da América que, sob o discurso de assegurar a democracia, visava incutir e sedimentar os ideais capitalistas, por conseguinte, os ideais conservadores e liberais no país (Macedo, 2014, *online*; Durão, 2024, *online*).

Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha sido uma das primeiras no recente processo de redemocratização da América Latina (Nery; Andrada, 2014, p. 83-87), tem-se que apenas os textos constitucionais de Venezuela, Equador e Bolívia não representam a simples variação das tipologias do constitucionalismo moderno ocidental, mas uma verdadeira incorporação de ordem política, jurídica e cultural inovadora (Restrepo, 2012, p. 22).

É, portanto, perceptível que o Direito do Trabalho segue a lógica do sistema jurídico liberal, marcado, sobretudo, pela encriptação do poder, contribuindo para uma consolidação da democracia formal em detrimento da democracia substancial, como também da igualdade formal em detrimento da igualdade material. Afinal, a matéria, demasiadamente influenciada pela economia, atua como fator de dominação (Restrepo; Araújo, 2020, p. 6), quando deveria consistir em componente para a promoção e a tutela da parte vulnerável da relação jurídica, a saber, o trabalhador, cujos interesses, invariavelmente, não são mais abarcados pelo direito, porquanto não coincidirem com os anseios da classe empregadora. Assim:

De todas as dissonâncias possíveis de serem observadas decorrentes de tal fenômeno [encriptação dos poderes], ganha destaque contexto sob o qual, quase que a totalidade dos indivíduos está inserida: a atividade laboral. A ciência jurídico-trabalhista, no sentido do já visto, possui interessantes e com-

plexas características, uma vez que não se limita a tão somente demandar o melhor exercício jurisdicional possível por parte do Poder Judiciário ou uma boa edição legislativa (na atuação do Legislativo), como outros ramos jurídicos. Para seu bom funcionamento, é necessário que diversas engrenagens estejam em fina sintonia, em especial as do Estado, como economia e desenvolvimento de políticas públicas. Logicamente, considerando a chamada Teoria da Encriptação do Poder e os prejuízos dela decorrentes, igualmente se percebe a afetação à vertente laboralista, presente diária e perpetuamente na vida dos cidadãos. (Carpes, 2022, p. 151)

Ora, o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas torna notório que os textos jurídicos reconhecem como legítimas as pretensões dos empregadores, pautadas em critérios que visam sempre a máxima lucratividade ainda que, para tanto, os trabalhadores tenham seus direitos e suas garantias aniquiladas. Isso propicia que o trabalhador então deixe de ser tratado apenas como sujeito para ser considerado como objeto, uma vez que o direito, assim como o mercado, passa a colaborar para com a tratativa da força de trabalho como mera peça para aumentar a lucratividade, mesmo retirando seus direitos (Lukács, 2003, p. 194-240); mas, o privilégio conferido a classes específicas é camuflado pela simulação do poder de que todos os sujeitos são igualmente contemplados pelo direito (Restrepo; Araújo, 2020, p. 6).

Como reforça Bernard Edelman (2016, p. 22): “Não duvidemos: a astúcia do capital é dar à classe operária uma língua que não é sua, a língua da legalidade burguesa, e é por isso que ela se exprime gaguejando com lapsos e hiatos que às vezes rasgam o véu místico [...]”.

A conjuntura supramencionada começou a ficar evidente, para pelo menos parte da sociedade em geral, com a Reforma Trabalhista, tendo sido melhor exibida no Microsistema Excepcional Trabalhista (ou Direito do Trabalho *Soft*), oriundo da crise sanitária e econômica gerada pela pandemia da COVID-19, como detalhado e analisado no tópico subsequente.

4. A REFORMA E O MICROSSISTEMA EXCEPCIONAL TRABALHISTA

A flexibilização dos direitos trabalhistas é alvelgo muito recorrente, sendo estimulada e promovida pela ideia da austeridade (Ferreira, 2011, p. 122). Esse movimento, iniciado com a edição de normativas esparsas que alteravam a legislação trabalhista em aspectos aparentemente pontuais, ficou mais explícito depois da Reforma Trabalhista, tida como “a maior mudança nas leis trabalhistas” (Antunes, 2019, *online*) desde o ano de 1943, cujo expoente máximo é a Lei n. 13.467/2017 que prometia modernizar as relações de trabalho.

Essa dita modernização dificultou o acesso dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, com a criação de obstáculos à obtenção da tutela justa e efetiva dos direitos trabalhistas, como a possibilidade de condenação dos trabalhadores em honorários advocatícios de sucumbência e a limitação à concessão da gratuidade de justiça. Outro fator que contribuiu para isso foi a extinção do imposto sindical obrigatório sem que, então, fossem oferecidas alternativas para o financiamento das entidades de classe (Antunes, 2019, *online*) que, não apenas contribuem para atenuar o desequilíbrio naturalmente existente entre empregadores e empregados durante as negociações, como atuam judicialmente na defesa dos interesses dos trabalhadores.

Não há dúvida de que a Lei n. 13.467/2017 segue a lógica da priorização da obtenção de lucro e da acumulação de riqueza (Melo Filho; Andrade, 2021, p. 144). Com efeito, o objetivo, com a alteração de diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, foi “reduzir o custo do valor-trabalho mediante a precarização do trabalho subordinado, tudo em resposta às necessidades do capital de ampliação de seus ganhos com base na potencialização do labor humano como mercadoria” (Melo Filho; Andrade, 2021, p. 144).

Com a promessa da geração de mais de 2 milhões de vagas de empregos, constatou-se que nos dois primeiros anos após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, ou seja, de 2017 até 2019, o país apenas passou de 12,7 milhões de desempregados para 12,5 milhões de desempregados – o que importa em uma variação/redução da taxa de desemprego de 12,2% para 11,8% neste interregno –, sendo que essa ínfima redução foi ocasionada pelo trabalho informal, por trabalhadores sem carteira assinada e sem proteção celetista (Antunes, 2019, *online*). O índice não apresentou mudança significativa, aliás, com a crise sanitária decorrente da COVID-19, o desemprego aumentou ainda mais, fato este que ficou evidente ao verificar-se que o desemprego subiu 27,6% em quatro meses de pandemia (Campos, 2020, *online*).

Aliás, os efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia, com destaque para o aumento do índice de desemprego, criaram o cenário ideal à realização de alterações outras na lei trabalhista, orientadas pela proposta de alavancar o número de empregos, ainda que, para tanto, fosse preciso sacrificar em qualquer medida os direitos e as garantias dos trabalhadores, mesmo as constitucionalmente previstas. Diante do número/índice de desemprego, o discurso simbólico para convencer e justificar novas previsões normativas tornou-se dispensável.

Reconhecido o estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo n. 06/2020, o Poder Executivo, exercendo função atípica de natureza legislativa (Moraes, 2016, p. 350), editou diversas Medidas Provisórias, com força de lei, pautando-se na urgência da situação – que, inclusive, deram aval para que os seus enunciados normativos fossem convertidos em lei, mesmo divergindo frontalmente das disposições constitucionais, a exemplo da dispensa da atuação do sindicato laboral representativo dos trabalhadores no caso da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e a suspensão de contrato de trabalho na Medida Provisória n. 936/2020, convertida na Lei n. 14.020/2020 pelo Congresso Nacional brasileiro.

Mesmo a Constituição Federal (CF/1988) prevendo a irredutibilidade salarial, salvo previsão em acordo ou em convenção coletiva, conforme o art. 7º, VI, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.363, manteve a eficácia da mencionada Medida Provisória em possibilitar tal redução por acordo individual. Fundamentou, para tanto, que seria razoável a não intervenção sindical, porque, ao abrir uma negociação coletiva ou ao não manifestar no prazo legal, o sindicato geraria uma insegurança jurídica, aumentando o risco do desemprego, ao passo que solucionar as questões por acordo individual garantiria a renda mínima ao trabalhador e preservaria o vínculo de emprego ao fim da crise. A decisão não apenas flexibiliza uma garantia dos trabalhadores, como retira eficácia da própria Constituição Federal ao ir de encontro a um direito expressamente previsto.

O observado, tanto na Reforma Trabalhista quanto no Microsistema Excepcional Trabalhista, é que o direito, especialmente pela elaboração e pela aplicação dos enunciados normativos deles decorrentes, tem atendido aos desejos e aos anseios de classe específica, a empregadora, com interesses majoritariamente econômicos unidos a interesses políticos. Com

essas mudanças legislativas, princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da não regressividade social, “são facilmente desativados pela utilização dos mecanismos de encriptação postos à disposição, na mesma Carta, àqueles que manejam os procedimentos e as regras sobre tomada de decisões, o Presidente da República, o Congresso Nacional e o Poder Judiciário” (Melo Filho; Andrade, 2021, p. 147).

O discurso utilizado passa, para a população em geral, a falsa sensação de que as alterações que estão sendo feitas contribuirão para o desenvolvimento individual (geração de empregos) e coletivo (alavanque da economia), abafando os conflitos políticos existentes.

Destaca-se que:

[...] o foco de parte da medida provisória é jurídica, econômica e socialmente equivocado. Não é suspendendo a proteção jurídica do trabalho subordinado que se resolverá o problema do país. Sim, porque a inexigibilidade de salários procura resolver apenas o problema das empresas em dificuldades (que certamente teriam de contar com algum tipo de alívio), mas cria um enorme problema para a maior parte da população, agora duplamente angustiada pelo pavor da morte e pela incerteza de sua situação profissional (Souza Júnior; Gaspar; Coelho; Miziara, 2020, p. 12).

O papel do direito na encriptação do poder é justamente simular o acolhimento e a tutela das diferenças, escondendo no texto jurídico quais interesses devem ser legitimados e quais sujeitos devem ser reconhecidos pela ordem jurídica (Carvalhais, 2020, p. 462). Quando promove uma mudança legislativa, tendo por fundamento a geração de empregos e a melhora da economia, o legislador, seja ele típico ou atípico, passa às pessoas que vivem à margem da legalidade e da sociedade que estas terão maiores oportunidades para conseguirem um emprego formal, enquanto passa para as classes econômicas mais necessitadas que as condições aquisitivas melhorarão, escondendo os custos dessas falsas promessas, quais sejam, a redução e a retirada de direitos trabalhistas voltadas ao enriquecimento dos empregadores.

A falsa percepção da real motivação da Reforma Trabalhista e do Microsistema Excepcional Trabalhista impede que os principais prejudicados, os trabalhadores, organizem-se com a finalidade de reclamarem melhores condições, direitos e garantias, dificultando “a possibilidade de se discutir [e rever] as relações de poder que são estabelecidas na sociedade” (Carvalhais, 2020, p. 461) e contribuindo para a manutenção do *status quo* no que tange à estratificação social. Isso porque a encriptação do poder, aqui pelo direito, é uma “estratégia eficaz de radicalização do controle social, produzindo a redução dos níveis de democracia e a velfrustração dos movimentos populares” (Melo Filho; Andrade, 2021, p. 147).

Esse quadro somente pode ser alterado com a desencriptação do poder, enquanto uma “rejeição fundamental da política como qualquer finalidade estabelecida por modelos invisíveis e intocáveis dirigidos por elites que trabalham em seu benefício (ou para uma unidade menor), em nome e por meio de uma totalidade simulada” (Restrepo; Araújo, 2020, p. 09). A contribuição do direito para esse processo está na revelação do discurso liberal contido em seus textos, assim propiciando o conflito político e efetivando a real democracia (Carvalhais, 2020, p. 462), para que todos sejam verdadeira e igualmente contemplados, não servindo as diferenças de uma classe como escada à satisfação dos interesses de outra.

5. CONCLUSÃO

Toda a história do Direito do Trabalho é marcada por um sem número de conflitos de interesses protagonizados pelos empregadores e pelos trabalhadores, componentes dos polos da relação jurídica laboral. Enquanto uma classe, a empregadora, objetiva aumentar os lucros, a outra classe, a trabalhadora, busca melhores condições para o exercício das suas atividades. Entretanto, as lutas travadas não são equânimes, prova disso é a recorrente flexibilização dos direitos e das garantias dos trabalhadores, mesmo quando previstos constitucionalmente.

Ocorre que o cenário não é facilmente reversível, pois traços liberais, que conduzem à austeridade, permeiam e orientam as relações de praticamente todas as naturezas. Quer isso dizer que a economia atua como fundamento para as relações trabalhistas, políticas e jurídicas de modo que elas acabam por atender e refletir os interesses dos economicamente influentes, mas veladamente, para evitar que conflitos políticos levem à discussão das relações de poder.

Essa conjuntura perdura devido à encriptação do poder, por meio da qual a busca pela igualdade material e pela efetividade democrática são então simuladas, neutralizando as diferenças de interesses e de estereótipos pelos textos jurídicos, a despeito do agravamento da estratificação social e da desigualdade material. Como grandes exemplos desta encriptação do poder no Direito do Trabalho cita-se a Reforma Trabalhista e o Microssistema Excepcional Trabalhista, que decorrendo de grandes crises que afetaram significativamente a economia, alteraram a legislação laboral com a promessa de modernização das relações de trabalho e de criação/manutenção de vagas de emprego, quando pretendiam unicamente maximizar o lucro dos empregadores, atendendo seus interesses com retirada de direitos dos trabalhadores.

Toda a discussão travada no presente ensaio, à luz da austeridade e da encriptação do poder, leva à percepção de que deve ser retirado dos textos jurídicos o discurso liberal, que ainda privilegia a poucos, a fim de que então a simulação institucional ainda vivenciada seja desvelada. O conflito político e a rediscussão das relações devem ser viabilizados para o alcance da democracia efetiva e da igualdade substancial, contemplando todos na medida das suas desigualdades, não mais a partir dos interesses de uma pequena classe dominante.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Leda. Mais mudanças no emprego: Nova CLT completa 2 anos sem cumprir promessa de gerar vagas e prestes a ser reforma de novo. *UOL*, Rio de Janeiro, 10 nov. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos-/#cover>. Acesso em: 30 jan. 2021.
- ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista de propriedade intelectual: direito contemporâneo e constituição*, Aracaju, n. 3, p. 153-184, jun. 2013.
- BOURDIEU, Pierre. A demissão do Estado. In: BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. Tradução Mateus S. Soares Azevedo et. al. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 215-223.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado Federal, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. *Medida Provisória nº 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 n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

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 n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis n. os 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: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363*. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de novembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

CAMPOS, Ana Cristina. Desemprego subiu 27,6% em quase quatro meses de pandemia. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 23 set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/desemprego-subiu-276-em-quatro-meses-de-pandemia#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20aumentou,%25%20para%2013%2C6%25.&text=Em%20agosto%2C%20a%20Pnad%20Covid,7%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%20maio>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CARPES, Ataliba. Considerações iniciais sobre o funcionamento endotérmico do estado e sua afetação ao Direito do Trabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, v. 221, p. 145-161, jan./fev. 2022.

CARVALHAIS, Fernanda Vieira Souza. O direito administrativo como engrenagem da democracia: uma análise a partir da teoria crítica constitucional de Ricardo Sanín Restrepo. In: *TEORIA constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 454-471. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/r9fsqsq9/53NB6067sTU14aG4.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DURÃO, Rodrigo. Entenda como foi a participação dos EUA no golpe de 64 (e o que ainda pode ser revelado). *Brasil de Fato*, São Paulo, 1 abr. 2024. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2024/04/01/entenda-como-foi-a-participacao-dos-eua-no-golpe-de-64-e-o-que-ainda-pode-ser-revelado>. Acesso em: 31 jul. 2024.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso Crítico do Direito do Trabalho: Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, António Casimiro Ferreira. A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 95, p. 119-136, dez./2011. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/4417#quotation>. Acesso em: 28 jan. 2021.

LUKÁCS, Georg. *Histórica e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO, Danilo. Governo norte-americano participa do golpe militar no Brasil. *Agência Brasil*, Brasília, 31 mar. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-03/governo-norte-americano-partici>

pa-de-golpe-militar-no-brasil#:~:text=Com%20o%20argumento%20de%20garantir,o%20desenvolvimento%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina. Acesso em: 31 jul. 2024.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Constituição encriptada e desconstrução do Direito do Trabalho no Brasil: exame das reformas trabalhistas a partir da análise crítica da teoria da encriptação do poder. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 93, n. 1, abr. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.

NERY, Barbara Brum; ANDRADA, Bonifácio José Suppes de Andrada. A Teoria do Poder Constituinte: do liberalismo clássico à teoria crítica constitucional. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 10, p. 78-96, ago./dez. 2014.

NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Cinco Tesis desde el Pueblo Oculto. *Oxímora Revista Internacional de Ética y Política*, Barcelona, n. 1, p. 10-39, dez./2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245>. Acesso em: 28 jan. 2021.

RESTREPO, Ricardo Sanín; ARAÚJO, Marinella Machado. A teoria da encriptação do poder: itinerário de uma ideia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 1-17, ago. 2020. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1192>. Acesso em: 28 jan. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; GASPAR, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. *Medida Provisória 927/2020*. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/10056-medida-provisoria-927-comentada.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Sabotagem, 1999.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/10/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/07/2024
- Avaliação 1: 17/07/2024
- Avaliação 2: 23/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 24/07/2024
- Retorno rodada de correções: 01/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 03/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

MEDIAÇÃO ESCOLAR: INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO AO BULLYING ESCOLAR

SCHOOL MEDIATION: TOOL FOR
COPING WITH SCHOOL BULLYING

GABRIELA DECURCIO¹

ANDRÉA CARLA DE MORAES PEREIRA LAGO²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno social do *bullying*, bem como averiguar se a Mediação Escolar é um dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCS) adequados ao enfrentamento deste tipo específico de violência. Para tanto, analisar-se-á o conceito de *bullying*, seus elementos, causas endógenas e exógenas, tipos, assim como os tipos tradicional e alternativo de enfrentamento dessa violência. Para a análise da problemática levantada, a metodologia de pesquisa adotada é do método de abordagem dedutivo, de procedimento histórico e comparativo, fundamentado na pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira. Ao final da pesquisa, espera-se demonstrar que dentre os diversos mecanismos (tradicional e alternativo) de resolução de conflitos, a Mediação Escolar é o mecanismo mais adequado de solução dos conflitos e violência de natureza escolar, por ser mais célere e menos custoso, mais principalmente por oportunizar a proteção da integridade psíquica de suas vítimas.

Palavras-chave: violência na escola; *bullying*; MESCS; mediação escolar.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the social phenomenon of bullying, as well as to determine whether School Mediation is one of the extrajudicial conflict resolution mechanisms (MESCS) suitable for confronting this specific type of violence. To this end, the concept of bullying will be analyzed, its elements, endogenous and exogenous causes, types, as well as the traditional and alternative types of coping with this violence. To analyze the issues raised, the research methodology adopted is a deductive approach, with a historical and comparative procedure, based on national and foreign bibliographical research. At the end of the research, it is expected to demonstrate that among the various mechanisms (traditional and alternative) for resolving conflicts, School

1 Unicesumar

2 Possui Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1992); Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicos (1998); Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (2011); Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho, Portugal (2019); É Professora Permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da universidade Unicesumar (2021); Docente do curso de graduação em Direito da universidade UNICESUMAR (2008); Pesquisadora do JusGov - Research Centre for Justice and Governance - Universidade do Minho-PT (2019); Líder do Grupo de Pesquisa "Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MERCs); Conciliadora e Mediadora Judicial (CNJ); Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Conciliadora e Mediadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Coordenadora das Clínicas Jurídicas do curso de Direito da Universidade Cesumar; Sócia-administradora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Mota Lago LTDA; Advogada militante desde o ano de 1993, com atuação nas áreas de Direito de Família, Direito Empresarial, Direito Urbanístico-Imobiliário e Direito Digital, especialmente, ODR (On Line Dispute Resolution). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/0750822062238058>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1187-3782>.

Mediation is the most appropriate mechanism for resolving conflicts and violence of a school nature, as it is faster and less costly, more mainly because it provides opportunities to protect the psychological integrity of its victims.

Keywords: *violence at school; bullying; MESC; school mediation.*

1. INTRODUÇÃO

A escola é um dos espaços sociais existentes que pode ser considerado ponto de partida para que o indivíduo adquira conhecimento e se desenvolva como ser humano digno e respeitável. Nesse viés, contribui para o desenvolvimento de pensamentos, comportamentos, posicionamentos e também tende a facilitar a comunicação entre pessoas. Dessa maneira, trata-se de um espaço essencial para a formação do ser humano em si.

Sabe-se que as pessoas, quando conviventes, começam a observar diferenças, descobrir vivências e se posicionarem quanto a assuntos dos mais diversos tipos, porém o que deveria ser comum, nem sempre é. Assim, apesar da escola ser um espaço com visibilidade educacional e transformadora, pode, em decorrência da violência escolar, interferir de maneira negativa na vida do ser humano.

A violência escolar que se faz presente há muito tempo na sociedade, é praticada por inúmeras modalidades e tem alcançado todas as escolas do mundo, das mais diversas idades e classes. Dentre as modalidades, o *bullying* tem ganhado destaque e quando praticado é capaz de causar danos irreparáveis aos envolvidos. Tais danos são considerados irreparáveis em razão de causar sentimentos de diminuição e incapacidade, e dificultar uma vivência saudável, interferir no desenvolvimento humano, na personalidade da vítima e na formação da identidade.

Posto isso, o presente artigo primeiramente analisará de forma breve a violência escolar, a fim de trazer o *bullying* como modalidade bastante frequente no dia-a-dia das escolas, motivo pelo qual no segundo e no terceiro tópico será demonstrado que o *bullying* está presente no espaço social da escola, e enfatizará seus conceitos e consequências na vida do indivíduo, vítima desta violência, assim como a influência no desenvolvimento da personalidade, na figura da identidade da vítima, e a possibilidade de agravar o aprendizado da vítima. Por fim, apresentará a mediação como método extraprocessual possível e eficaz para resolução de conflitos que se manifestam em escolas, na figura da mediação escolar, a fim de que as partes, vítima e agressor, pratiquem o diálogo e a empatia.

Dessa forma, o método utilizado para realizar a pesquisa será de abordagem hipotético-dedutivo, com o fim de identificar o problema: o *bullying* praticado no ambiente escolar é responsável por interromper negativamente a construção da dignidade e da personalidade do indivíduo vítima que se encontra em desenvolvimento. Ademais, a pesquisa tem como objetivo averiguar a possibilidade de métodos extraprocessuais de resolução de controvérsias, na figura da mediação escolar como resposta alternativa das que existem no mundo jurídico, para solucionar o problema identificado com o uso do diálogo, da escuta, da solidariedade, da compreensão e da paciência das partes envolvidas. Para isso, a metodologia estará amparada por pesquisas bibliográficas em doutrinas, periódicos e artigos científicos acerca do tema.

2. A VIOLÊNCIA ESCOLAR MANIFESTADA POR MEIO DO *BULLYING*

A violência escolar tem ganhado destaque na contemporaneidade, apesar de que há anos terem notado sua presença. Manifestada de múltiplas formas, por diversas razões e em diversos espaços, ou seja, não se limitando ao espaço social da escola, acaba por ter inúmeras definições, as quais se distinguem.

Para estudar a violência escolar é preciso considerar que a violência de maneira geral se difere do conflito, ou seja, não são vistos como sinônimos. Sabe-se que as relações entre pessoas costumam ter consequências, dentre elas o conflito que integra os mais diversos campos sociais da vida. Dessa maneira, o conflito está presente no ambiente escolar, inclusive por caracterizar-se como inerente à vida do ser humano e é facilitador da transformação do homem. De maneira diversa é a violência, que apesar de poder estar presente no ambiente social da escola, se caracteriza por ser independente e ocasionar consequências distintas. Ainda, destaca-se que a violência não costuma decorrer do conflito em si, mas sim de uma reação pessoal das partes envolvidas que acabam, de maneira geral, praticando o abuso de poderes, com o fim de prejudicar o oponente (Lago, 2019, p. 18-23).

No mesmo sentido, para Marilena Chaui (1999), a violência se refere ao uso de força a fim de, ir contrário do desejado por terceiro, contra a vontade e liberdade deste. Assim se o ato vier a ter o fim de atingir de maneira negativa a valorização de um ser humano, em seu estado físico ou psíquico, por meio de intimidações e opressões, acaba por praticar uma violência.

Dessa maneira, considerando a existência violência no ambiente social da escola, faz-se necessário definir a violência escolar. Para, Bernard Charlot (2002, p. 434-435) a violência escolar se define em razão da sua função, local ou tipo. Com isso, a violência escolar pode ocorrer na escola, o que se pode compreender que ocorre dentro do espaço da escola e independe de estar relacionada à atividade da instituição escolar. Ainda, a violência escolar pode ser vista como violência da escola que se configurará também como violência institucional, em que crianças suportam a maneira que são tratadas pelos agentes da instituição escola. Além disso, a violência escolar pode ser uma violência à escola, ligada à natureza e atividade da instituição escolar.

Miriam Abramovay (2006, p. 77) complementa e apresenta que em algumas situações as manifestações ocorrem na instituição escolar, porém podem estar relacionadas com problemas de funcionamento, relacionamento e organização, a exemplo de brigas e discussões entre alunos, entre professores e alunos.

Evidente a presença da violência no ambiente escolar, é preciso analisar que, nos dias atuais, apesar do próprio nome fazer subtender que acontece apenas na escola, esta violência tem se feito presente além dela, como em locais fora da escola, trajetos de casa para a escola e vice-versa, em festas escolares, meios eletrônicos, dentre outros locais. Além disso, são diversas as possibilidades de envolvidos, como alunos, diretores, inspetores, pais de alunos, diretores, funcionários, voluntários da educação e qualquer outra pessoa que esteja envolvida e relacionada ao contexto da escola (Stelko-Pereira; Williams, 2010, p. 198).

Além das diversas possibilidades de envolvidos, são diversas as formas de ser, a violência escolar, manifestada, dentre elas a manifestação contra a pessoa. Esta pode ser física ou verbal, como por exemplo, as ameaças, agressões físicas, brigas, coerção e violência sexual. Destas, as ameaças são vistas como as mais usuais e são concretizadas por promessas explícitas de causar dano ou violar a integridade psíquica ou física de outrem. Ainda, em regra, surgem em razão de notas, exigências, expulsões, suspensões e falhas disciplinares que ocasionam inseguranças e indignações (Silva, 2017, p. 35-36).

Assim como a ameaça, a discriminação e preconceito podem ser considerados tipos de violência escolar, independente de ser sexual, socioeconômico ou racial. Nesta violência os envolvidos deixam para trás a tolerância e o respeito e buscam como fim violar os direitos individuais que estão associados à raça, religião, orientação sexual, idade e religião (Sant'ana, 2005, p. 62).

Correlacionado a estas modalidades, o *bullying* é uma modalidade de violência escolar bastante usual, vez que se resume em frequentes brincadeiras desagradáveis e de mau gosto, que ocasionam inúmeros problemas à vítima, inclusive problemas de aprendizagem e rendimento escolar (Lago, 2019, p. 94), sofrimentos relacionados a exclusão, agressão, discriminação e ainda pode resultar em uma agressão física (Barbosa; Soares; Pereira, 2018, p. 792).

Com isso, depois de averiguado que a violência escolar está presente no dia-a-dia da escola com o fim de atingir, de maneira negativa, seres humanos em desenvolvimento e sendo o fenômeno do *bullying* o centro desta pesquisa torna-se necessário uma análise direcionada dele.

3. O BULLYING NO ESPAÇO SOCIAL DA ESCOLA

Como mencionado no capítulo anterior, o *bullying* é uma forma que o agressor encontra para praticar a violência escolar no espaço social da escola. Ocorre que a escola tem buscado ser um espaço adequado para que seus alunos possam se desenvolver de maneira digna, além de ser vista como um local adequado de troca de conhecimento. Entretanto, este espaço em que deveria prevalecer o respeito, tem tido prevalência da interferência negativa deste fenômeno, o *bullying*.

O *bullying* é um fenômeno presente no dia-a-dia da escola e considerado uma violência sistemática, manifestada de diversas formas, tais como verbal, física ou relacional. Em um período não tão distante, esta prática era totalmente ignorada pelos professores, gestores e até mesmo por pais. Ainda, era possível verificar que professores praticavam esta violência escolar em que o aluno era vítima de um apelido pejorativo e, como consequência, fazia da vítima alvo de chacota ao restante da turma (Weisz, 2021).

Esta violência sistemática se destaca dos demais tipos de violência escolar por se caracterizar como um obstáculo na vida do ser humano, principalmente na vida dos jovens e crianças que sofrem ao serem excluídos, agredidos, discriminados, além de também poder englobar a violência física. Além disso, verifica-se que este problema encontra-se em diversos espaços sociais, inclusive nas escolas, sejam de redes públicas ou privadas (Barbosa; Soares; Pereira, 2018, p. 792). Denota-se que a violência no espaço social da escola se torna possível em razão

da diversidade de pessoas e conhecimentos que possuem interesses, ideais e necessidades distintas (Lago; Da Motta, 2021, p. 266).

A fim de definir o *bullying*, Pingoello (2014, p. 55) ensina que decorre de uma variedade comportamental, de maus-tratos efetuados de maneira consciente por agressor que age, repetidamente, em desfavor de outro, por meio de ofensas psicológicas e/ou físicas e destaca um desequilíbrio de poder.

Nas palavras de Ristum (2010, p. 96,), conceitua-se *bullying* como:

Abuso de poder físico ou psicológico entre pares, envolvendo dominação, prepotência, por um lado, e submissão, humilhação, conformismo e sentimentos de impotência, raiva e medo, por outro. As ações abrangem formas diversas, como colocar apelidos, humilhar, discriminar, bater, roubar, aterrorizar, excluir, divulgar comentários maldosos, excluir socialmente, dentre outras.

Já a lei nº 13.185/2015 que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*) visou conscientizar e repreender a agressão que decorre do ato de violência física ou psicológica praticado com intenção de prejudicar e causar dor no outro, repetidamente e sem motivação. Para tanto, classificou o *bullying* no artigo 3º, em que há possibilidade deste se manifestar de forma verbal, moral, sexual, social, psicológica, físico, material e até mesmo virtual (Brasil, 2015).

Com isso, é possível verificar que a prática abrange comportamentos considerados violentos ou agressivos, praticados por uma pessoa ou grupo, resultantes em intimidação, humilhação, exclusão, maus-tratos e outras inúmeras ações, por meio de isolamento, chantagem, difusão de rumores, fofocas, entre outros. Além de tais comportamentos observa-se que, muitas das vezes há desequilíbrio de poder entre a vítima e o agressor, em que aquela não possui qualquer recurso de defesa (Wendt; Lisboa, 2014).

Ainda o *bullying* nas palavras de Shariff (2011, p. 34) “é definido como uma ação ou um comportamento agressivo e intencional praticado por um grupo ou indivíduo repetidamente contra uma vítima que não consegue se defender”.

Por ser uma violência escolar é necessário destacar que o espaço da escola é um dos primeiros espaços frequentados pelo ser humano e permite o aprendizado e convivência com outros indivíduos, tornando-os aptos para desenvolverem a sua personalidade a partir da influência que recebem. Diante da convivência entre pessoas, há, como consequência, a existência de conflitos, incluindo-se conflitos entre integrantes que ainda estão em desenvolvimento (Yaegashi, 2023).

Ademais, ante a existência de conflitos, vale destacar que este não é sinônimo de violência e “deve ser compreendido como uma fonte que enseja a transformação e a mudança do homem, cotidianamente” (Lago, 2019, p. 19). Então, Lago (2019, p. 21) ensina que a violência não decorre de um conflito em si, mas dos estímulos conflitantes de relação pessoal.

Nesse sentido a violência escolar possui variadas causas resultantes de fatores de ordem social, familiar, escolar e cultural, podendo estar conexas, e apesar disso, se destacam entre as outras modalidades de violência em razão de ser compreendida como construção social em decorrência de interações escolares, relações internas e externas. Para tanto é preciso considerar que causas como ausência de afetividade e de limitações, a imposição de castigos físicos e agressivos, ambientes em que há presença de agressividade, ausência de valores éticos,

por exemplo, interferem na formação e desenvolvimento humano e também na construção do comportamento violento do indivíduo. Também, são variadas as modalidades de expressar a violência escolar, tais como: violência entre alunos, entre professor e aluno e vice-versa, entre profissionais que naquele ambiente exercem sua profissão (professores, funcionários, gestores), da escola e do professor em face do aluno, do aluno em face do patrimônio da escola, dentre outras (Yaegashi, 2023).

Portanto, o bullying, nas palavras e ensinamentos de Yaegashi (2023, p. 35) é “identificável pela observação reiterada das práticas violentas... ainda que a legislação seja incapaz de abarcar todas as modalidades... bem como eventuais novas modalidades supervenientes em razão do tempo e da evolução”. No mesmo sentido, pondera Bana (2016, p. 79): “O *bullying* escolar, portanto, origina-se da ausência ou deficiência de valores humanistas norteadores das condutas da comunidade estudantil, fatores estes decisivos e primordiais para formação da personalidade de qualquer ser humano”.

Assim, tais comportamento e atitudes que invadem o interior do indivíduo vítima, de maneira intencional e repetida, pode acarretar em prejuízos materiais e até mesmo pessoais, em razão de prejudicar os direitos da personalidade como honra, imagem, nome, dignidade e até o desenvolvimento da identidade. Para tanto, faz-se necessário o estudo destes.

4. A INTERFERÊNCIA DO *BULLYING* NO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO

Na atualidade, práticas que não eram consideradas violência, ou seja, eram consideradas comuns, passaram a ser vistas como fatos merecedores de atenção. Nesse sentido, passou-se a analisar que *bullying*, por meio de uma palavra dita, pode trazer consequências irreparáveis à vítima e/ou ainda agravar a dificuldade que a vítima já enfrenta, a exemplo, agravar o aprendizado dentro do ambiente escolar e até o desenvolvimento da personalidade e construção da identidade.

Destaca-se que a infância é um importante estágio do desenvolvimento individual, no qual os primeiros traços da personalidade se desenvolvem (Jung, 2011), com o apoio e orientação de outro indivíduo, de modo que faz necessário estarem em espaços de conhecimento, tais como escolas, e demonstram serem as crianças incapazes de se desenvolverem sozinhas, da mesma forma incapazes de defenderem de tratamentos degradantes (Yaegashi, 2023).

Assim, a escola é vista como uma instituição moderna que, por excelência, se constitui no espaço de transmissão do conhecimento de forma sistêmica e institucional, que se caracteriza como sendo o espaço adequado para a socialização e para a formação da personalidade da pessoa humana e, que pode reunir uma diversidade de pessoas, conhecimentos, valores e regras, também pode se tornar um local propício para o entrelaçamento de ideias, interesses e necessidades e quando os atores sociais desse espaço não estão preparados para reagir positivamente a essas diferenças, a violência se faz notar (Lago; Da Motta, 2021, p. 266).

Ainda, escolas e também seus corpos diretivos muitas vezes, assim como os próprios alunos, consideram as ofensas proferidas brincadeiras e atitudes normais, porém, quando a

prática é reiterada podem causar “reações que vão desde os problemas de aprendizagem e de rendimento escolar até os transtornos de comportamento, como stress, diminuição ou perda de autoestima, ansiedade, depressão”, dentre outros (SENAI, 2020, p. 28).

Por tratar-se de violência interpessoal, é possível sintetizar o bullying em insultos, humilhações, acusações injustas, atuação de grupos que provocam a vida de terceiro, exclusões, apelidos cruéis, ameaças e gozações, dificilmente com a presença de testemunhas, o que ocasiona difícil identificação do agressor. Ademais, esta forma de violência que causa transtornos mentais consequências momentâneas e futuras na vida das vítimas, prejudica a socialização e construção de autocontrole e empatia, além de prejudicar no do desenvolvimento e crescimento do cidadão (Barbosa; Soares; Pereira, 2018, p. 792).

Também é possível verificar que se a agressão proferida não se perpetuar, não há possibilidade de configurar bullying, entretanto, se a agressão recebida perpetuar, a vítima passa a se comportar de maneira negativa, a ponto de lhe causar vitimização psicológica e até mesmo uma letalidade, ou seja, o fenômeno se instaura (Gomes; Sazovo, 2013, p. 20).

Assim, a possibilidade de interferir no desenvolvimento da pessoa diz respeito a uma interferência na plenitude dos direitos da personalidade, ainda mais que, o *bullying* praticado no espaço social da escola, espaço este capaz de influenciar no ser humano por meio de conhecimentos, valores, comunicação, experiências, pode interferir na construção da subjetividade e identidade (Silva, 2017, p. 54). Nesse sentido, quanto à identidade, esta se constitui a partir de um processo que se conclui com a composição da essência histórica e vivenciada pelo ser humano, assim, é preciso ser um e haver outro para que haja a formação de um ser único (De Souza Moreira, 2019, p. 51-52).

Com foco no direito da identidade, para Bittar (2015, p. 195-196) a identidade é vista “como atributo ínsito à personalidade humana”. Trata-se de direito considerado elo entre o indivíduo e a sociedade, a ponto que, por meio de seus elementos, é possível que haja a identificação da pessoa, da família, de seu estado, condição pessoal e patrimonial, dentre outros.

Dessa forma, os direitos da personalidade, como a identidade, podem ser afetados, tendo em vista estar diretamente relacionado ao indivíduo e ser tratado como direito subjetivo consistente no ambiente intrínseco da pessoa humana, com o fim de satisfazer os interesses e ideais particulares e buscar seu reconhecimento (Szaniawski, 1993, p. 35-44). Da mesma forma Orlando Gomes (2019) trata os direitos da personalidade como direitos essenciais à pessoa humana e resguarda a dignidade humana quando houver atos atentatórios efetuados por terceiros.

Portanto, por envolver um ambiente que visa o conhecimento e construção dos cidadãos, para que convivam em sociedade e sejam pessoas íntegras e dignas, é evidente que o *bullying* praticado no ambiente escolar interrompe os direitos do indivíduo, em especial sua identidade que deixará de ser construída de maneira adequada e digna em razão de uma intimidação e sentimento de incapacidade. Diante disso, tem-se que, para que não haja mais ofensas, é preciso que prevaleça a empatia e o diálogo entre as partes, e que um possa compreender a dificuldade e necessidade do outro, e não apenas excluí-lo da sociedade. Portanto a necessidade de ser o problema apresentado solucionado por métodos não considerados comuns, ou seja, distintos de uma punição.

5. A MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO E PREVENÇÃO DO *BULLYING*

Posto que o *bullying* escolar, quando praticado, oferece à vítima diversos obstáculos e dificuldades de enfrentamento da vida, além de influenciar negativamente no seu desenvolvimento digno em razão de ofender e alcançar os direitos da personalidade, nesta pesquisa representado pela identidade. Dessa forma, faz-se necessário demonstrar como a vítima pode restaurar seu desenvolvimento e evoluir como ser humano, assim como o ofensor, por meio dos métodos extraprocessuais de resolução de conflitos, representado pela mediação escolar.

Sendo assim, por existir a possibilidade de conflitos serem solucionados por meios extraprocessuais, a solução poderá ocorrer através da autocomposição, em que há ou não a possibilidade de terceiro intervir. Porém nesta modalidade busca-se o diálogo entre as partes para que cheguem a um consenso em conjunto. Com isso, não há a imposição de terceiro (Miranda, 2018, p. 8-9).

Nas palavras de Lago (2018, p. 313):

A autocomposição apresenta-se como uma forma de resolução de conflitos decorrente da vontade dos próprios conflitantes, por meio da acomodação de suas pretensões, na medida em que estes conseguem encontrar uma forma de adequação dos interesses originalmente contrapostos.

Diante disso, é possível trazer a figura da mediação como mecanismo alternativo de resolução de conflitos que é tida como a arte intermediada por terceiro, mediador, com o objetivo de solucionar de forma pacífica as divergências entre pessoas, a fim de fortalecer suas relações sem que ocorra qualquer desgaste ou que ao menos este seja mínimo, ou seja, busca-se preservar os laços de confiança (Bacellar, 2012, p. 85). Além disso, a mediação é vista como a busca de um resultado, em que os envolvidos, de maneira voluntária chegarão a uma solução mutuamente aceitável (Calmon, 2007, p. 119).

Com isso, a mediação define-se, de acordo com a lei 13.140/2015, como uma atividade técnica em que o terceiro imparcial escolhido ou não pelas partes, não poderá tomar decisões por elas, assim, apenas buscará estimular para que haja a identificação ou o desenvolvimento de soluções possíveis e consensuais para o conflito (Brasil, 2015).

Para Tartuce (2018, p. 203; 220-241), a mediação define-se como meio consensual que tem o fim de abordar a controvérsia e fazer com que uma pessoa, terceiro isento, capacitado e imparcial, atue como facilitador da comunicação entre as partes do conflito. Esse meio tem oportunizado a restauração do diálogo em razão de possuir características como a informalidade para que prevaleça a tranquilidade, a descontração e a tranquilidade, e facilite o encontro de uma composição favorável às partes; a independência do mediador para que com a autonomia e liberdade possa atuar e mediar sem interferências; a oralidade também se destaca tendo em vista haver a necessidade da mediação se desenvolver por meio de conversações e/ou negociações entre as partes, sejam por meio de expressões, de afirmações ou questionamentos; a cooperação e a não competitividade para que ambas as partes possam aumentar as chances de alcançar o objetivo, qual seja, resolver o conflito e para que haja ganho mútuo, dentre outras.

Assim, na mesma sintonia, com a intenção de uma resolução não violenta, a mediação para resolução de violências escolares, conhecida por mediação escolar passa a ser um mecanismo que possibilita e proporciona o diálogo, a pacificidade, a melhoria do ensino e também da aprendizagem, o desenvolvimento de emoções para com o próximo e a preparação do aluno para ser um cidadão autônomo. Com isso, a mediação escolar trabalha alguns valores que englobam a cooperação, o respeito, a tolerância, a identidade e o reconhecimento do outro indivíduo (Lago, 2019, p. 231).

Ainda, nas palavras de Lago (2019, p. 230), a mediação escolar acaba por:

- 1) Favorecer e estimular a comunicação entre as partes em conflito, o que traz consigo o controle das interações destrutivas; 2) Levar a que ambas as partes compreendam o conflito de uma forma global e não apenas a partir da sua própria perspectiva; 3) Ajudar na análise das causas do conflito, fazendo com que as partes separem os interesses dos sentimentos; 4) Favorecer a conversão das diferenças em formas criativas de resolução do conflito; 5) Reparar, sempre que viável, as feridas emocionais que possam existir entre as partes.

Dessa forma, verifica-se que os métodos extraprocessuais, alternativos de solução de conflitos, contribuem em produzir resultados eficientes, com diálogo e escuta considerados imprescindíveis, dotados de solidariedade e compreensão para percepção de interesses comuns e também de diferenças, e paciência de ambos os lados para que o ganho seja mútuo (Prudente, 2008).

Portanto, é perceptível que o desenvolvimento da identidade da vítima do *bullying* ocorrido no espaço social da escola precisa ser restabelecido e que por meio da mediação escolar se buscará uma resolução eficiente do conflito, a ponto que será instaurado o diálogo entre as partes, possibilitando então que aqueles seres humanos, vítimas, e também o ofensor, tenha feridas e traumas superados. Assim, poderão seguir com uma vida digna e se desenvolverem de saudável.

6. CONCLUSÃO

É evidente que o ser humano frequenta diversos espaços sociais, muitos deles considerados essenciais para seu desenvolvimento e crescimento perante a sociedade, como a escola. Além disso, é incontestável que a escola busca contribuir de maneira positiva na formação da identidade de crianças e adolescentes, assim como possui o intuito de colaborar para que compreendam valores sociais, desigualdades culturais, sociais, econômicas e políticas. Apesar disso, muitas vezes a realidade é outra, o que torna possível verificar a formação de um indivíduo violento e intolerante que prejudica no desenvolvimento digno do outro. Assim, é possível que o desenvolvimento da personalidade, na figura da identidade, ser ferido por meio do *bullying* em razão da vítima frequentar o espaço social da escola.

No primeiro tópico pôde-se constatar a violência escolar como uma prática que tem se destacado nas mais diversas escolas, independente de classe social ou econômica. Para isso, foi preciso frisar que esta prática pode ocorrer na escola, ou pode ser da escola, ou ainda, pode configurar uma violência à escola, a depender da função dos envolvidos, do local em

quem foi realizada e do tipo de ofensa/dano que foi concretizado. Apesar disso, dentre tantas modalidades, foi trazido o *bullying* como forma usual e frequente no espaço social da escola.

Em seguida, o segundo tópico desenvolveu sobre a presença *bullying* no dia-a-dia da escola, em que terceiro ofensor utiliza de uma fragilidade da vítima e profere repetidas ofensas a fim de causar intimidações e sentimentos de incapacidade. Assim, restou evidente que a prática desta violência escolar é prejudicial ao desenvolvimento do ser humano como cidadão, interferindo também no desenvolvimento da personalidade e na tentativa de aprendizado e absorção de conhecimento.

Posteriormente, no tópico três, foi analisado os direitos da personalidade, na figura da identidade, com ênfase na interferência negativa do *bullying* no desenvolvimento da identidade do indivíduo vítima, tendo em vista sua formação decorrer de um elo entre a pessoa em si e a sociedade, e que se estiver sob efeito de intimidações e desconfortos internos, não será concretizada.

Com isso, no tópico quatro foi possível apresentar um dos métodos extraprocessuais de resolução de controvérsias, na figura da mediação, no caso apresentado, mediação escolar, como método adequado para restaurar e retomar o desenvolvimento da personalidade da vítima de *bullying*, em razão da existência da empatia, diálogo e reconhecimento da necessidade do outro.

Conclui-se então que, apesar de ser inevitável a convivência com demais seres humanos que pensam e agem de formas distintas, apesar de ser frequente a prática da violência escolar na modalidade do *bullying* e, considerando a intervenção prejudicial na vida do ser humano, a vítima merece retomar, de maneira saudável, seu desenvolvimento e construção de personalidade. Dessa forma, a mediação escolar é capaz, não só de solucionar o conflito existente, mas também de restaurar a comunicação entre os envolvidos, fazendo-os compreender a existência de diferenças, falhas e contribuindo para que sejam seres humanos melhores.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam (coord.). *Cotidiano das escolas: entre violências*. Brasília, DF: UNESCO, Observatório de Violência, Ministério da Educação, 2006. p. 77.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANA, Isabella. *Bullying, homofobia e responsabilidade civil das escolas: uma análise sob a proteção dos direitos da personalidade*. Birigui: Boreal, 2016.
- BARBOSA, Andra Aparecida Dionízio; SOARES, Marianne Silva; PEREIRA, Janeide Mendes. Características associadas a vítimas de bullying nas escolas brasileiras. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 15, n. 2, p. 791-799, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/3231>. Acesso em: 11 jun. 2023.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015*. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CHARLOT, Bernard. *A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão*. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/fDDGcftS4kF3Y6jfxZt5M5K/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Uma ideologia perversa: explicações para a violência impedem que a violência real se torne compreensível. *Folha de São Paulo*, p. 5-3, 1999. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fol/brasil500/dc_1_4.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

DE SOUZA MOREIRA, Victor. O Analfabeto E Sua Jornada De Acesso À Justiça. *Revista Jurídica Legalislux*, v. 1, n. 2, 2019. Disponível em: <http://periodicosfacesf.com.br/index.php/Legalislux/article/view/47>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; SANZOVO, Natália Macedo. *Bullying e prevenção da violência nas escolas: quebrando mitos, construindo verdades*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira Lago. Mediação de Conflitos no Âmbito Escolar: Proposta de um Novo Paradigma para a Delinquência Juvenil. Orientador. Professor Doutor Mário João Ferreira Monte. 2018. 546 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Minho, Portugal, 2018.

LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira. *Gestão dos conflitos e da violência escolar: da prevenção à resolução por meio da mediação escolar*. Maringá: Sinergia Casa Editorial, 2019.

LAGO, Andrea Carla de Moraes Pereira; DA MOTTA, Ivan Dias. Mediação Escolar OnLine: Instrumento Da Política Pública Nacional De Combate E Prevenção Ao Cyberbullying Em Tempos De Pandemia. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8657>. Acesso em 11 jun. 2023.

MIRANDA, Vanessa Diniz. Os métodos adequados da solução de conflitos: mediação e conciliação. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 24, n. 2, p. 20- 20, 2018. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/941>. Acesso em: 13 jun. 2023.

PINGOELLO, Ivone. Bullying em sala de aula: percepção dos professores sobre o aluno vítima. *Humanitas Vivens*, 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *A mediação e os conflitos familiares*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 52, 2008. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/207504ca-5f81-4596-9a9e-1827b1f15524.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023.

RISTUM, Marilena. *Bullying escolar*. Impactos da violência na escola: um diálogo com professores. Rio de Janeiro: Ministério da Educação/Fiocruz, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/szv5t/pdf/assis-9788575413302.pdf#page=66>. Acesso em 13 jun. 2023.

SANT'ANA, Antônio Olímpio de. História e conceitos básicos sobre o racismo e seus derivados. In: MUNANGA, K. (org.). *Superando o racismo na escola*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

SENAI. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Departamento Nacional. *Violência autoprovocada e suas implicações no espaço social da escola*. Brasília: SENAI/DN, 2020.

SHARIFF, Shaheen. *Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família*. Artmed Editora, 2011.

SILVA, F. G. A. *Apresentando e analisando as causas da violência escolar*. São Paulo: Blucher, 2017. ISBN 9788580392838. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013472&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 29 ago. 2023.

SILVA, Fábila Geisa Amaral. *Apresentando e analisando as causas da violência escolar*. São Paulo: Blucher, 2017. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013472&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 12 jun. 2023.

STELKO-PEREIRA, A. C.; WILLIAMS, L. C. A. Dando voz a estudantes de escolas públicas sobre situações de violência escolar. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. Porto Alegre: ArtMed, 2012. ISBN 9788536327167. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.00001398&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 24 ago. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direito da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018.

WEISZ, Isabel Cristina. Bullying e cyberbullying: atualizações científicas sobre um tema que não pode ser ignorado pelos professores. *Revista Educação Pública*, v. 21, n. 29, ago. 2021. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/21/29/bullying-e-cyberbullying-atualizacoes-cientificas-sobre-um-tema-que-nao-pode-ser-ignorado-pelos-professores>. Acesso em: 25 jun. 2023.

WENDT, Guilherme Welter. LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. Compreendendo el fenómeno del ciberacoso. *Temas em Psicologia*, v. 22, n.1, p. 39-54, 2014. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2014000100004&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 25 jun. 2023.

YAEGASHI, João Gabriel. *A responsabilidade civil como instrumento de tutela da personalidade em face do bullying e cyberbullying escolar*. Orientador: Cleber Sanfelici Otero. 2023. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá, 2023.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/10/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2023
- Avaliação 1: 02/01/2024
- Avaliação 2: 06/01/2024
- Decisão editorial preliminar: 13/01/2024
- Retorno rodada de correções: 19/02/2024
- Decisão editorial/aprovado: 25/05/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL INDÍGENA

POLICIES FOR THE PREVENTION AND ERADICATION OF INDIGENOUS CHILD LABOR

ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO¹

HIGOR NEVES DE FREITAS²

RESUMO

A herança cultural histórica é um obstáculo para o enfrentamento do trabalho infantil indígena. O envolvimento das crianças e adolescentes em tarefas cotidianas se transformou, em um contexto de globalização e expansão do modo de produção capitalista, impactou na exploração do trabalho infantil, necessitando políticas públicas de prevenção e erradicação. O objetivo geral do presente trabalho é compreender as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena no Brasil. Os objetivos específicos são a contextualização do trabalho infantil indígena no Brasil, o estudo da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena e o sistema de garantia de direitos, bem como a análise das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena no Brasil. Como problema de pesquisa, questionou-se: como se estabelecem as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena no Brasil? O método de abordagem foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: crianças e adolescentes; políticas públicas; trabalho infantil indígena.

ABSTRACT

Historical cultural property it is an obstacle to tackling of indigenous child labor. The involvement of children and adolescents in daily tasks has become in daily tasks has become, in a situation of globalization and expansion of the capitalist mode of production, on the child labor exploitation, requiring public policies for prevention and eradication. The general goal of this work is understand public policies for the prevention and eradication of

- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/Santa Cruz do Sul/RS/Brasil), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7166046428154967>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-2618-0156>.
- 2 Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com Bolsa Prosc Capes Modalidade II. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com Bolsa Prosc Capes Modalidade I. Pós-Graduado em Novo Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC e do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8639068066120454>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-1546-6538>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. As políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 69-87, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9078>.

indigenous child labor in Brazil. The specific goals, aim to contextualize indigenous child labor in Brazil, to study the legal protection against indigenous child labor exploitation and the rights guarantee system, as well as to analyze the public policies of the prevention and eradication of the indigenous child labor in Brazil. As a research problem, it is questioned: how public policies for the prevention and eradication of indigenous child labor are established in Brazil? The approach method of the present research is deductive and the procedure method is monographic, the study being developed through the use of bibliographic and documental research techniques.

Keywords: children and adolescents; public policy; indigenous child labor.

1. INTRODUÇÃO

A herança cultural histórica de exploração dos povos indígena é um obstáculo para o enfrentamento do trabalho infantil indígena. Isso porque o tradicional envolvimento das crianças e adolescentes nas tarefas cotidianas nas aldeias indígenas se transformou, considerando-se um processo de expansão do modo de produção capitalista, em diversos modos de exploração do trabalho humano, entre eles, no trabalho infantil. Esses modos de exploração se agravam por uma ausência e fragilidade de políticas públicas de atendimento, bem como um discurso de diversidade, relativismo cultural e ainda de práticas de colaboração coletiva, que necessitam de enfrentamento.

O artigo percorre, desse modo, uma contextualização do trabalho infantil indígena no Brasil, trazendo tanto aspectos históricos como dados que permitem entender a situação do problema. Na sequência, fica demonstrada a proteção jurídica contra essa exploração, com dispositivos nacionais e internacionais. E por fim, aborda-se as políticas públicas de enfrentamento dessa violação de direito, a partir de um olhar da interdisciplinaridade e da integração dos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos, envolvendo a assistência social, a educação, a saúde, o lazer, entre outros.

A abordagem do tema é importante considerando a necessidade de um aprimoramento das políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena. A importância jurídica é ressaltada em um contexto de crianças e adolescentes indígenas que têm seus direitos violados. A relevância social é no sentido de superar as condições de exclusão social a qual coloca as crianças e adolescentes indígenas em uma situação de exploração, a partir de uma perspectiva da globalização e da expansão do modo de produção capitalista. Portanto, é necessário o debate sobre aportes teóricos para garantir a efetivação da proteção contra a exploração do trabalho infantil indígena, em um contexto da diversidade cultural.

O objetivo geral do presente trabalho é compreender as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena no Brasil. Os objetivos específicos são a contextualização do trabalho infantil indígena no Brasil, o estudo da proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena e o sistema de garantia de direitos, bem como a análise das políticas públicas de prevenção e erradicação no Brasil.

Para tanto, se buscou resolver o seguinte problema: como se estabelecem as políticas públicas de erradicação da exploração do trabalho infantil indígena no Brasil? Como hipótese inicial, indica-se uma articulação intersetorial entre os diversos órgãos do sistema de garantia de direitos para a prevenção e a erradicação do trabalho infantil, articulado pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), entre eles, a saúde, a educação, entre outros. No contexto

do trabalho infantil indígena, deve-se analisar as particularidades e a realidade local em um contexto da diversidade cultural, com a finalidade de enfrentamento dessa violação de direito nos povos indígenas.

Como principais resultados, se verificou uma integração articulada entre os órgãos, envolvendo a saúde, educação, assistência social para prevenir e erradicar o trabalho infantil indígena. Além disso, é evidente a necessidade da articulação também da Funai, que é responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas, entretanto, há uma participação ainda pouco representativa nos encaminhamentos para os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), tornando-se necessário uma capacitação dos operadores do sistema de garantia de direitos em uma perspectiva da diversidade cultural.

O método de abordagem foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico com as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2. O CONTEXTO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL INDÍGENA

Após mais de 500 anos de colonização do Brasil, se discute as situações das violações de direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes indígenas, entre eles, à vida, à saúde, à cultura e à educação, principalmente, quanto a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes indígenas, que perduraram durante o período de colonização e, diante da fragilidade das políticas de atendimento, se perpetuam (Nascimento; Costa, 2016). No advento da Revolução Industrial, a necessidade capitalista de aumentar a mão de obra causou uma exploração dos trabalhadores. Há um aumento expressivo aumento na utilização da mão de obra das crianças e mulheres, pois como eram consideradas menos produtivas, ficaram conhecidas como “meia forças” e possuíam uma pior remuneração, tendo a participação de muitas crianças e adolescentes indígenas também (Moreira; Custódio, 2018).

O povo indígena, desde a invasão portuguesa, sofreu um violento extermínio sistemático de sua população por meio de um sistema social de opressão. A população que era cerca de 6 milhões de indígenas, na época do descobrimento, se tornou menos de 0,5% da população brasileira. As mais de 600 línguas indígenas se tornaram menos de 170, o que impõe uma necessidade de garantia de sua diversidade cultural e uma proteção diferenciada (Cotrim, 1999). A população indígena era composta por 896.9 mil em 2010. Desses, 63,8% residem na área rural e 36,2% na urbana e a sua relação com seu território se constitui como uma parte fundamental de sua cultura e seu modo de vida (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010).

As migrações forçadas resultaram em comunidades inteiras se desalojando em virtude da violenta colonização moderna. Esses trabalhos fora das aldeias se tornaram um dos poucos meios de sobrevivência de muitos grupos. As excelentes terras e florestas que eram habitadas foram ocupadas e destruídas por rodovias, agricultura mecanizada, entre outros. O território indígena se manteve em uma grande parte, destruído e ameaçado pela globalização. “Os acampamentos de beira de estrada seguem aumentando em número e em violência. Tudo isso caracteriza uma situação de desrespeito aos direitos humanos e aos direitos específicos dos povos indígenas” (Azevedo *et al.*, 2013, p. 24). Mais de 300 mil indígenas vivem hoje na área

urbana, considerando o contexto histórico em que foram expulsos de suas terras. Ademais, existe também uma migração voluntária para o acesso à serviços sociais básicos como a educação e a saúde (Ministério do Desenvolvimento Social, 2017)

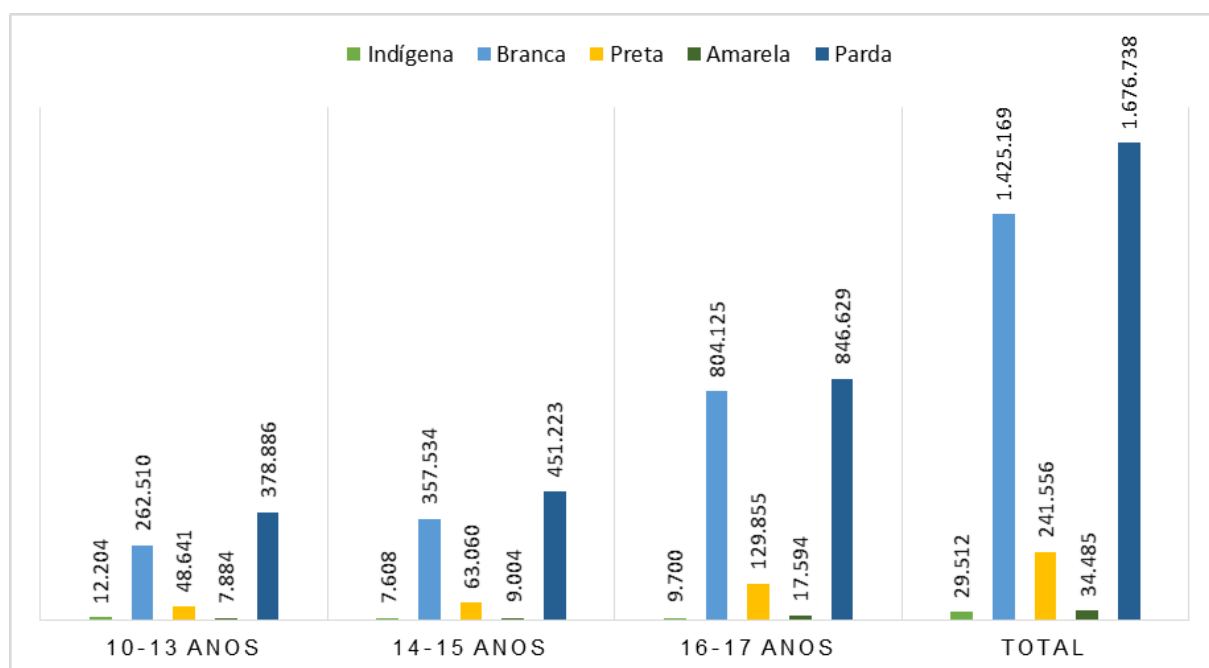
O crescimento das cidades e o confinamento dos povos indígenas em terras menores e com poucos recursos os aproximou cada vez mais de um sistema globalizado. Há uma impossibilidade na utilização de seus tradicionais métodos de subsistência, que os coloca cada vez mais inseridos em uma sociedade capitalista e de consumo como alternativa de sobrevivência (Santos, 2002).

No que concerne aos povos indígenas temos que esta relação de violação é intensificada em decorrência das características específicas que assume o capitalismo dependente em sociedades plurais. Esta esfera do problema ainda se mostra pouco abordada nos estudos sobre dependência que desconsideram o papel dos povos indígenas e seus territórios e recursos naturais como parte do processo e do problema histórico de expansão civilizatória do capitalismo, que implicou a constituição de sociedades simultaneamente periféricas ao sistema mundial e internamente desiguais (Silva, 2015, p. 173).

Se desenvolve, portanto, uma compreensão do trabalho infantil como um fenômeno complexo, tendo em vista que se trata de uma conjugação de variáveis que percorre um processo histórico de olhares das famílias até as instituições que estabeleceram uma visão menorista que naturaliza o trabalho por meio de uma moralização dessas atividades (Veronese; Custódio, 2013). O trabalho infantil é, portanto, um modo de atividade econômica, como uma forma de estratégia de sobrevivência ou caráter de trabalho, remunerado ou não, e que não compreenderia os limites das idades mínimos que estão estabelecidos na legislação (Custódio; Moreira, 2018).

No ano de 2016, mais de 2,5 milhões de crianças e adolescentes eram exploradas pelo trabalho infantil no Brasil, considerando uma soma manipulada que inclui as crianças e adolescentes exploradas que foram excluídas da pesquisa por realizarem atividades de trabalho para o consumo próprio ou afazeres domésticos (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2018).

Gráfico 01 – Trabalho Infantil – Questão étnico-racial



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010.

Em uma análise étnico-racial, nos termos dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2010, há mais de 29 mil crianças e adolescentes indígenas, entre 10 e 17 anos, exploradas pelo trabalho infantil, o que representa 0,56% do número total do trabalho infantil no Brasil, que é um número representativo tendo em vista que a população indígena representa 0,47% da população nacional (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010).

A relação histórica de exploração e exclusão “de crianças indígenas as colocou em condições diferenciadas, tendo maior dificuldade de permanecer na escola em decorrência da exploração do trabalho infantil e situação de pobreza das comunidades tradicionais brasileiras” (Custódio; Freitas, 2019, p. 51), tendo a pobreza, a ausência de educação bilíngue, gênero, o calendário escolar e ainda a distância das escolas como fortalecimento dessas condições de desigualdade existente. Na cultura indígena, como há um ambiente distinto, culturalizado, deve-se garantir uma proteção diferenciada (Baldi, 2004, p. 36).

A política pública para erradicação do trabalho no Brasil se defronta com uma fronteira, ou seja, a fronteira étnico-cultural advinda das práticas laborais realizadas pelas crianças indígenas. Será que o modo como se efetiva essa política pública no contexto nacional considera trabalho infantil todo e qualquer trabalho realizado por crianças indígenas? Será que a concepção de trabalho infantil tem levado em conta o modo de educar e aprender próprios da cultura indígenas? (Nascimento; Costa, 2016, p. 131-132).

Ressalte-se que não há concepções únicas, tampouco universais sobre cultura e infância. Nos casos das crianças e adolescentes indígenas, esse processo de desenvolvimento das políticas públicas perpassa a situação da compreensão da cultura e da concepção de infância. A partir desse ponto se define a necessidade de enfrentamento de “atividades formativas e o que se trata de atividades que acarretam exploração das crianças ou danos à saúde” (Nascimento; Costa, 2019, p. 179).

As crianças e adolescentes indígenas possuem um modo de viver diverso e a infância demanda uma “ação especial por apresentar peculiaridades singulares se comparadas com as crianças não indígenas, pois diversos empecilhos são enfrentados pelos povos indígenas” (Nascimento; Costa, 2016, p. 136). A cultura indígena preconiza uma participação de crianças e adolescentes nas atividades cotidianas e uma colaboração com a comunidade desde cedo, seja em artesanatos ou até mesmo na própria agricultura. Contudo, muitas vezes tais atividades são gradativamente substituídas pelo trabalho infantil, sustentado em um discurso de diversidade cultural que objetiva naturalizar tal forma de exploração, o que traz consequências ao desenvolvimento humano e social das crianças e adolescentes (Custódio; Freitas, 2020).

Ainda que tenha o estabelecimento de uma consciência protetiva, se observa “que as crianças indígenas continuam a trabalhar como uma forma de interagir com o grupo em que estão inseridas e como modo de agregar maior renda aos seus grupos familiares para suprir as necessidades existentes” (Marders; Reis, 2016, p. 227). Ao passo que existe um aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção de direitos humanos, há também um significativo aumento de casos de violações de direitos nas mais diversas modalidades, inclusive no trabalho infantil indígena, tendo em vista que se solidifica um paralelo entre duas visões e que acabam por legitimar tal violação de direito (Proner, 2002).

Se torna, portanto, o estudo da criança indígena, considerando os costumes, as práticas culturais e tradições dos povos indígenas, na perspectiva da diversidade cultural e étnica da

forma integral, pois muitas crianças e adolescentes indígenas realizam atividades de trabalho em um contexto cultural das comunidades, sustentado por discursos de diversidade cultural e práticas socioeducativas, o que é vedado pela ordem jurídica brasileira (Nascimento; Costa, 2019). Tendo em vista as “[...] diferenças físicas, biológicas e anatômicas das crianças, quando comparadas aos adultos, elas são menos tolerantes a calor, barulho, produtos químicos, radiações, etc., isto é, menos tolerantes a ocupações de risco, que podem trazer problemas de saúde e danos irreversíveis” (Kassouf, 2007, p. 345), o que demonstra que o trabalho infantil impacta em consequências significativas ao pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, inclusive as indígenas.

Dessa forma, a globalização e a impossibilidade de subsistência inseriram os indígenas cada vez mais em uma sociedade capitalista de consumo, tornando necessário alternativas para a subsistência. As atividades colaborativas se transformaram, gradativamente, em trabalho infantil, tendo em conta um discurso de diversidade cultural, que causa consequências ao desenvolvimento humano de crianças e adolescentes, necessitando de enfrentamento.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL INDÍGENA E O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS

A teoria da proteção integral se estabeleceu “necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo” (Custódio, 2008, p. 22) após a estruturação de transformações no universo político, que se consolidou no encerramento do século XX. Assim, a teoria da proteção integral construiu um “referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil” (Custódio, 2008, p. 22). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou a teoria da proteção integral ao ordenamento jurídico pátrio, o que garantiu uma proteção às crianças e adolescentes em condições peculiares de pessoa em desenvolvimento e estabeleceu a tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

A teoria da proteção integral passa a reconhecer os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, decorrente da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e passam a estabelecer uma condição de titular de direito (Custódio, 2008). Essa teoria jurídico-protetiva demonstra um “caráter transdisciplinar, democrático, participativo e humanitário, o que gera autonomia em razão da necessidade de atuação interinstitucional” (Moreira, 2020, p. 132), com a finalidade de estabelecer uma proteção da criança e do adolescente contra as violações de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, passou regulamentou a proteção jurídica da criança e do adolescente, a partir do estabelecimento de uma prioridade absoluta na efetivação de direitos, que garantiu o acesso às políticas públicas, com a necessidade de prioridade absoluto:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (Brasil, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em um período pós-Constituição, estipulou uma dinâmica interna com estruturas normativas do ordenamento jurídico, com a finalidade de garantir uma racionalidade protetiva para as crianças e adolescentes. O pensamento sistêmico sistematizou princípios gerais para garantir uma unidade interna com a finalidade de garantir a dignidade humana desde a infância, que se definiu em diversas convenções e tratados sobre direitos humanos, que possibilitaram um reordenamento das políticas públicas da infância no Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil, atualizada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1988, proibiu o trabalho perigoso, noturno e insalubre a pessoas com menos de dezoito anos e qualquer forma de trabalho a pessoas com menos de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendizagem, quando é permitido a partir dos quatorze anos (Brasil, 1988). O reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direito ampliou a proteção jurídica, principalmente quanto aos limites etários para a admissão ao emprego e ao trabalho. Isso porque o caráter da exploração do trabalho, muitas vezes econômico, não compactua com os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e da dignidade humana (Souza, 2016). Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente abordou condições para exercer essas atividades de trabalho:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

- I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;
- II - perigoso, insalubre ou penoso;
- III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
- IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (Brasil, 1990).

A Organização Internacional do Trabalho promulgou também a Convenção nº 138, ratificada pelo Brasil em 28 de junho de 2001, por meio do Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de

2002 (Organização Internacional do Trabalho, 1973) e a Convenção nº 182, ratificada em 2 de fevereiro de 2000, por meio do Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000 (Organização Internacional do Trabalho, 1999) e ainda as Recomendações nº 146 e a Recomendação nº 146 (Organização Internacional do Trabalho, 1973) e a Recomendação nº 190 (Organização Internacional do Trabalho, 1999), que objetivam a adoção de uma política nacional e ações imediatas para a erradicação do trabalho infantil. A adoção de instrumento geral sobre o trabalho internacional foi necessário para o estabelecimento de um Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), a partir de um compromisso do Estado brasileiro com o enfrentamento do trabalho infantil, por meio de uma articulação dos órgãos que compõem o sistema de garantia de direitos (Custódio; Reis, 2017).

O texto constitucional de 1988 também consolidou uma proteção especial a cultura indígena, em seu artigo 231:

Art. 231. São reconhecidos aos índios 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 (Brasil, 1988).

Assim, busca-se o alcance da autonomia dos territórios por meio de uma luta para atingir reconhecimento, protagonismo, que foram perdida nos muitos anos de destruição cultural e exploração (Baniwa, 2015, p. 119). Esse reconhecimento envolve o direito à existência enquanto um grupo coletivo e da comunidade, como uma forma de organização própria, de acordo com sua cultura, religiosidade, hierarquia, misticismo, liberdade de escolha. Além disso, o direito à terra e territorialidade envolvem também a garantia de um direito à autonomia indígena (Souza Filho, 2018). O direito à autonomia deriva *“otros derechos como el de definir sus propias formas de organización social, económica, política y cultural”* (Martínez, 2013, p. 75), o que permitem que os povos estabeleçam sua estruturação política.

O artigo 215, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabeleceu ainda um respeito “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (Brasil, 1988). Nesse raciocínio, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, objetiva que os direitos sejam assegurados a comunidade indígena, entre eles, o respeito aos valores artísticos, meios de expressões e ainda patrimônios culturais (Brasil, 1973). A concepção não é muito diversa da existente na época da invasão portuguesa, contudo, tendo em vista que se almeja uma integração dos índios com a sociedade. Isso demonstra a necessidade da discussão de uma nova legislação sobre o assunto, envolvendo a participação os indígenas e as organizações em defesa dos direitos dos povos indígenas, bem como da sociedade civil (Araújo, 2006).

Os diplomas internacionais passaram a reconhecer as práticas, os costumes e os sistemas jurídicos indígenas, o que ressalta as conquistas no âmbito internacional quanto à concretização de princípios e direitos na perspectiva da diversidade cultural a esses povos (Preve, 2019). O principal diploma sobre povos indígenas é a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada em 25 de julho de 2002, por meio do Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, que estabeleceu direitos humanos e uma perspectiva de proteção cultural, reconhecendo os valores e as práticas sociais, “culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente” (Organização Internacional do

Trabalho, 1989). A importância da vida em comunidade permite uma estruturação de sistemas normativos locais para regular a convivência e a organização desses povos, nos termos de um autêntico direito indígena (Preve, 2019).

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, aprovado em 2001 pela UNESCO, preconiza um respeito às diferenças culturais, vinculando-a ao princípio da dignidade humana, tendo em vista que o relativismo cultural não pode servir como discurso de naturalização de práticas que violam os direitos humanos, tampouco limitam o seu alcance (Organização das Nações Unidas, 2001). A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da Organização das Nações Unidas, de 2005, ainda estipula um respeito por todas culturas:

A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação (Organização das Nações Unidas, 2007).

A Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com a aprovação pela Organização das Nações Unidas no dia 7 de setembro de 2007, abordam um respeito da identidade cultural, direitos humanos e liberdades fundamentais (Organização das Nações Unidas, 2007). Assim, apesar de se discutir uma percepção multicultural de integração entre os diversos povos, não se pode usar a diversidade como sustentação dos atos que vão atingir a dignidade humana, o que seria o caso do trabalho infantil indígena (Santos, 2004). A proteção jurídica objetiva a garantia da dignidade humana das crianças e adolescentes indígenas, tendo em vista que essa representa uma qualidade intrínseca dos seres humanos, independentemente de sua conduta e *status* e não é concedida por ninguém, nem retirada pela sociedade e pelo Estado, o que demonstra que não será perdida em nenhuma situação pelos seus titulares (Sarmiento, 2016).

No Direito da Criança e do Adolescente, as políticas públicas se desenvolvem de forma descentralizada, proporcionando uma proximidade com a sociedade e uma participação comunitária. Assim, são realizadas em âmbito municipal (Custódio; Moreira, 2018). Como forma de efetivar a proteção jurídica estabelecida, há eixos estruturantes que fundamentam as políticas públicas na área da infância, quais seja, de atendimento, de proteção e de justiça.

O primeiro nível estruturante das políticas públicas para crianças e adolescentes é o de atendimento. O planejamento é realizado pelos Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes, que atua por meio de uma participação conjunta entre a sociedade civil e entidades governamentais. Há a responsabilidade pela deliberação, formulação, controle e fiscalização das políticas. A execução dessas políticas de atendimento destina-se a assegurar os direitos à saúde, à educação, assistência social, cultura, lazer e esporte (Custódio; Moreira, 2018). Dessa forma, é importante preparar “os sujeitos, entre eles a sociedade civil, para atuarem frente a essa nova forma de governança que requer a participação nas mobilizações de base local” (Souza; Serafim, 2019, p. 97), que deve ocorrer até mesmo com a participação dos povos indígenas.

O segundo nível estruturante é o de proteção, que propõe uma atuação no enfrentamento das ameaças ou violações de direitos. Nesse nível, atuam os Conselhos de Direitos, Ministério Público do Trabalho, Estadual ou Federal e ainda a Secretaria Nacional do Trabalho. No caso dos indígenas, ainda existe a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que é responsável pela promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas. Esses órgãos atuam por meio de seus agentes na via administrativa, tanto em ajustamentos de condutas, como em inquéritos civis (Custódio; Moreira, 2018). O terceiro nível estruturante é o de justiça. Esse nível é efetivado por meio de uma intermediação dos órgãos responsáveis pelo sistema de Justiça, quando se objetiva um acesso à justiça e o reconhecimento dos direitos da infância por meio do Poder Judiciário, Ministério Público ou Defensoria Pública (Souza; Serafim, 2019).

Desse modo, existindo uma extensa proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil indígena, ainda que em um cenário de diversidades culturais, não se pode utilizar o relativismo cultural como forma de naturalização de violações de direitos ou como autorização de meios discriminatórios de proteção às crianças e adolescentes indígenas, tornando necessária a efetivação por meio do sistema de garantia de direitos, que concretiza as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL INDÍGENA

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) é um integrante do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), tendo como um papel estratégico não apenas uma transferência de renda, como também o enfrentamento das violações de direitos, incluindo o trabalho infantil. Há um Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), aprimorando ainda o sistema de identificação por um meio de um Serviço Especializado em Abordagem Social, acompanhando e orientando as famílias pelo Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF) e ainda do Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), permitindo um referenciamento e contra referenciamento na articulação intersetorial em rede realizada pela Assistência Social, com a atuação intersetorial e articulada dos órgãos que compõem o sistema de garantia de direitos (Custódio; Freitas, 2020).

Desde a evolução histórica e os novos parâmetros redefinidos pelo texto constitucional, verificou-se a criação de um Sistema Único de Saúde que significou em um rompimento com as políticas anteriores, que asseguravam uma permanência da pessoa e da família na situação em que se encontravam, pois não possibilitavam um desenvolvimento humano e social capaz de transformar a realidade para atingir a proteção social almejada (Leme, 2017). O modelo institucionaliza uma gestão compartilhada para implementar uma política de assistência social. A organização ocorre em níveis e segmentos de proteção social, a fim de garantir uma integração com as políticas sociais (Cavalcante; Ribeiro, 2012). A Lei Orgânica de Assistência Social, n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispendo sobre a organização da Assistência Social para garantir as necessidades básicas dos cidadãos, que é realizada por meio de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade (Brasil, 1993).

Os Serviços de Proteção Social Básica (PSB) se vinculam com a assistência social e possuem como unidade o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS). O objetivo é prevenir os riscos por meio de um fortalecimento do vínculo familiar e comunitário, colocando a oportunidade de desenvolver as potencialidades. Assim, há uma perspectiva de transformação da realidade e, nesse contexto, uma prevenção do trabalho infantil (Souza, 2016, p. 235-237). Destaca-se, contudo, que a condição de indígena não é sinônimo de vulnerabilidade. É necessário verificar as capacidades dos grupos e famílias indígenas para a resistência em situações de eminente risco, empreendendo um diálogo intercultural para o diagnóstico dos fatores que possam gerar uma potencialidade na violação de direito (Ministério do Desenvolvimento Social, 2017).

Assim, estabelece-se o desenvolvimento de ações estratégicas, fortalecimentos de vínculos, socialização das famílias, projeto de convivência, articulados pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS) (Leme, 2017). A Política Social Básica atende a população em situação de uma potencial violação de direito, seja por fragilização ou privação de vínculos afetivos, pobreza e outras situações de riscos (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate À Fome, 2010).

A assistência social necessita profissionais capacitados para atingir uma compreensão do contexto que impacta na condição de potencial violação de direito dessas famílias. Desse modo, é importante a elaboração de estratégias com base na diversidade cultural local para potencializar a condição de autoestima e autocompreensão das famílias, o sentimento de pertencimento e coletividade, bem como as condições de sujeitos de direitos (Ministério do Desenvolvimento Social, 2017).

O poder local garante um modelo participativo e democrático, possibilitando uma aproximação e um poder de escolha do cidadão, captando o social humano por meio das políticas públicas existentes, primando-se por uma realidade local na construção de políticas públicas (Hermans, 2007). Desse modo, existe uma necessidade de atuação com a proximidade da realidade local das pessoas, tendo em vista que permite a identificação das vulnerabilidades sociais e dos riscos existentes. Isso permite uma atenção nas questões de isolamento, ruptura de vínculos, subordinação, ausência de autonomia e exclusão social, discriminação, que são importantes para garantir a proteção para as famílias e povos indígenas (Ministério do Desenvolvimento Social, 2017).

O Serviço de Proteção Social Especial (PSE) destina-se às pessoas e famílias que tiveram os seus direitos violados. A unidade desse serviço é o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), onde há o encaminhamento de crianças e adolescentes após as notificações e a constatação da violação (Souza, 2016). Esse serviço busca garantir um padrão digno de vida diante das violações de direitos e ainda o desenvolvimento de serviços socioassistenciais (Leme, 2017).

A proteção especial proporciona um olhar específica para esse público, verificando as violações de direitos nas especificidades de cada etnia. Ademais, há questões estruturantes, como o uso da terra e a sua propriedade, em um contexto de disputas e conflitos históricos, que interferem em ciclos de violências e devem ser considerados ao concretizar políticas públicas. Dentre os principais desafios para efetivar um trabalho social com os indivíduos e as famílias indígenas, destacam-se o deslocamento e o difícil acesso, a dificuldade de articulação com órgãos responsáveis pela proteção da população indígena, ausência de capacitação dos operadores do sistema de garantia de direitos, a dificuldade de compreensão do papel da assistência

social no atendimento dos indígenas. Assim é importante a contratação de profissionais para o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) com a capacitação para o trabalho nos povos indígenas, como antropólogos, entre outros (Ministério do Desenvolvimento Social, 2018).

Os encaminhamentos para o Centro de Referência Especializada da Assistência Social (CREAS) são oriundos em 61% dos casos do Conselho Tutelar, o que demonstra o grande número de violações de direitos e de risco em que vivem as crianças e adolescentes indígenas. Por outro lado, apenas 18% dos encaminhamentos são da FUNAI, que é o órgão responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas no Brasil, percentual preocupante considerando a função desse órgão. Dessas, 25,4% apontam uma exploração no trabalho ou mendicância, o que demonstra a decorrência de trabalho infantil na população indígena (Ministério do Desenvolvimento Social, 2018).

É importante destacar que o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) conta com cerca de 8.286 Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e 2.372 Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS). Desses, 240 CREAS e 574 CRAS atendem a comunidade indígena, considerando que 21 CRAS se encontram dentro das comunidades indígenas, além de equipes volantes que totalizam 1.277 em mais de 1000 municípios. No CadÚnico consta 149.243 famílias indígenas cadastradas. Já o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos atende 9.142 pessoas que se declararam como indígenas (Ministério do Desenvolvimento Social, 2017). O Censo do Sistema Único de Assistência Social de 2016 ressaltou que 10,6% dos CREAS atenderam indígenas e cerca de 70% das unidades de acolhimento afirmam aceitar indígenas, representando 0,4% dos acolhidos nessas unidades (Ministério do Desenvolvimento Social, 2018). Dessa forma, torna importante uma atenção ao povo indígena, tendo em vista que apesar das condições de precariedade em que vivem, muitos ainda não são atingidos por políticas públicas socioassistenciais.

Em uma análise geral, as crianças e adolescentes indígenas nem sempre possuem acesso as políticas públicas de atendimento. As condições em que vivem demonstram a necessidade do encaminhamento para programas de transferência de renda, considerando que a situação de pobreza é uma das principais causas da exploração do trabalho infantil (Veronese; Custódio, 2013). Os programas de transferência de renda proporcionam uma melhora na economia local e na qualidade de vida das famílias. Isso porque há um resgate do processo educacionais que impacta na capacidade de desenvolvimento humano e ainda na superação das situações de adversidades, o que é importante para transformar a realidade fática dessas famílias (Custódio; Veronese, 2009). Além disso, é importante uma articulação integrada dos órgãos do sistema de garantia de direitos, envolvendo também a Funai, que é responsável pela garantia dos direitos dos povos indígenas.

No sistema educacional, há um respeito à diversidade e à identidade étnico-cultural dos povos indígenas, mesmo que ainda de modo insuficiente, considerando o número de escolas indígenas na comunidade. O Estado brasileiro busca cumprir o direito à educação em um contexto de reconhecimento à diversidade cultural indígena, que garante a educação bilíngue e currículos escolares (Brasil, 1988). Isso porque uma educação uniforme e homogênea estabeleceria o ensino como uma forma de desenraizamento, desintegração e aculturação, tornando necessário o oferecimento de um modelo educacional em um contexto da diversidade cultural (De Souza, 2016).

O ensino escolar “como ferramenta útil na formação de jovens indígenas – uma parte dos quais se tornarão as lideranças em suas comunidades no futuro – é visto cada vez mais, por aqueles constrangidos pelo avanço de forças exógenas sobre suas terras e culturas” (Lisboa, 2017, p. 24) como uma forma de manter a tradição cultural. Dos 208.205 mil matriculados indígenas em todas modalidades de ensino em 2007 (Ministério da Educação, 2007) se transformaram em mais de 313.698 mil em 2018 (Ministério da Educação, 2018), o que demonstra um crescimento no número de matrículas. Isso, entretanto, não significa que as escolas estejam oferecendo um ensino de acordo com a diversidade, que garanta o respeito e o desenvolvimento da língua originária, bem como a valorização e respeito dos conhecimentos étnicos-culturais. A intensa transformação da língua e a extinção dos conhecimentos tradicionais são “devido à inexistência de políticas linguísticas e falta de conhecimento dos técnicos que trabalham com educação escolar indígena dos governos municipal e estadual” (Azevedo et al., 2013, p. 22).

[Os] técnicos que ditam as normas e que são os formadores e supervisores dos professores indígenas, acabam por impor um tipo de escola colonizadora, que pressupõe um tipo de formação das crianças e jovens que impõe e valoriza uma expectativa de futuro para essa população, qual seja viver nas cidades e ter um salário. Em termos de informações sobre as escolas que acompanhem a qualidade dos processos de ensino/aprendizagem seria necessário verificar também, além do uso eventual de material didático específico, se esses materiais cobrem todas as disciplinas ou temas de estudo, se esses materiais são em língua [indígena], e se esses materiais estão sendo elaborados para todos os níveis de estudos, ou seja, todos os anos do Ensino Fundamental e Médio (Azevedo et al., 2013, p. 22).

A rede estadual e municipal deve acompanhar a frequência dos alunos, verificando a pouca frequência, entrando em contato com a família. Quando verificada uma violação de direito, o sistema de educação deve notificar o Conselho Tutelar e encaminhar para o Centro de Referência Especializada da Assistência Social (CREAS). O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe um dever aos dirigentes desses estabelecimentos de ensino a comunicarem o Conselho Tutelar quando identificado: violação de direito, reiteração de faltas e evasão escolar (Brasil, 1990).

Outros aspectos envolvem a dificuldade dos indígenas de solicitarem o ingresso no ambiente educacional, tendo em vista que não levam papéis para a transferência e não possuem documentação. Além disso, tendo em vista que os fluxos migratórios dos povos originários ocorrem entre diversos países da América Latina e situação se agrava, considerando a incompatibilidade dos sistemas de ensino entre tais países, dificultando ainda mais o acesso à educação indígena (Azevedo et al., 2013).

O Sistema Único de Saúde também é importante para a prevenção e erradicação do trabalho infantil, considerando que se torna importante para a identificar de casos de violência contra a criança e adolescente, pois muitos possuem lesões que são identificadas até mesmo em visitas domiciliares realizadas pelos agentes comunitários de saúde, envolvendo uma atuação e o estabelecimento de fluxos com os demais órgãos da rede de atendimento (Souza; Souza, 2010, p. 119-120). Os profissionais de saúde procedem a identificação de situações de atividades de trabalho, quando verificam se as crianças e adolescentes já trabalharam, se existe histórico pregresso de trabalho infantil no ambiente familiar ou ainda se o adolescente trabalha de acordo com os limites legais ou em situação irregular (Ministério da Saúde, 2005, p. 14-17). As políticas públicas de saúde de prevenção e erradicação do trabalho infantil envolvem uma

promoção de ações educacionais, de atenção e de vigilância, na qual garante uma atenção integral à saúde de crianças e adolescentes que são exploradas pelo trabalho infantil indígena, por meio de ações estratégicas articuladas com a assistência social (Leme, 2017).

O povo indígena é atendido por Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), que são unidades gestoras descentralizadas dos Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS), promovendo um reordenamento da rede de atendimento da saúde e das práticas sanitárias por meio de desenvolvimento de atividades gerenciais e administrativas necessárias para a assistências. No Brasil, existem 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), o que envolve 351 polos bases para o atendimento da população indígena no território nacional, tendo em vista que busca-se atingir a especificidade de cada povo indígena e sua realidade cultural (Ministério da Saúde, 2019).

Há uma grande rotatividade de profissionais da saúde nesses polos bases devido aos contratos temporários e uma falta de conhecimento sobre a população atendida e suas práticas culturais. Esses profissionais, por muitas vezes, nem sequer conhecem os aspectos culturais - como por exemplo, as línguas, costumes - e como não permanecem muito tempo no cargo, não há investimento em suas formações. Em desacordo com a legislação, os profissionais de saúde não são preparados para atender a população específica e existem um pequeno número de profissionais que são indígenas. Isso dificulta o atendimento de crianças e adolescentes indígenas, tendo em vista que não há qualquer formação específica para os profissionais de saúde enfrentarem as diversidades culturais existentes e realizarem a identificação de casos de trabalho infantil indígena (Azevedo et al., 2013).

Nesse aspecto, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC) objetiva uma contribuição para a prevenção e identificação do trabalho infantil, que ocorre por meio de ações de vigilância, de atenção e educacionais, tornando-se uma área de relevância, pois possui um papel fundamental na identificação do trabalho infantil (Ministério da Saúde, 2015). À vista disso, os profissionais da saúde procedem uma identificação da situação do trabalho, verificando se a criança ou adolescente nunca trabalhou ou trabalha ou, ainda, se há algum histórico pregresso de trabalho infantil na família e se o adolescente trabalha dentro dos limites legais ou em situação irregular (Ministério da Saúde, 2005, p. 14-17).

As dificuldades para a efetivação das políticas públicas de saúde nos povos originários são a falta de registro nos cadastros da FUNASA/SIASI, registros oficiais dos órgãos da saúde indígena, principalmente das pessoas em trânsito em conta dos fluxos migratórios e que não constam nos cadastros do polo base no qual residem, inexistindo reconhecimento sobre o histórico de saúde e dificultando os diagnósticos e tratamentos. Além disso, há também a falta de registro de nascimento e de documentação pessoal. Desse modo, torna-se importante considerar as particularidades existentes nos povos indígenas para atingir a efetivação das políticas de atendimento, bem como a proteção contra as violações de direitos, principalmente o trabalho infantil indígena (Azevedo et al., 2013).

Desse modo, há uma articulação e integração entre os diversos órgãos do sistema de garantia de direitos e as políticas públicas de atendimento como forma de garantir a prevenção e a erradicação do trabalho infantil, envolvendo inclusive a Funai. Assim, essas políticas sociais devem considerar a realidade local e a diversidade cultural para proporcionar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes indígenas e o enfrentamento da violação de direito.

5. CONCLUSÕES

O crescimento das cidades impactou em uma situação de confinamento dos indígenas em terras menores e com cada vez menos recursos. A globalização, a impossibilidade de utilização de seus métodos de subsistência e a necessidade de sobrevivência os inseriram cada vez mais em uma sociedade capitalista de consumo. Isso impactou até mesmo na produção de seus produtos artesanais, que antes eram apenas tradição e simbolismo cultural, passaram a ter funções decorativas para atender o interesse comercial. Entretanto, a expansão do modo de produção capitalista permitiu uma substituição das atividades de colaboração com o núcleo familiar em exploração da mão de obra infantil, sustentando por um discurso de diversidade cultural e que causam consequências ao desenvolvimento de crianças e adolescentes.

A teoria da proteção integral, a partir da Constituição Federal de 1988, trouxe um novo paradigma ao Direito da Criança e do Adolescente, colocando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, estabelecendo uma prioridade absoluta e uma tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado em garantir os seus direitos fundamentais. Os diplomas passaram a garantir os costumes, práticas, autonomia e um sistema de organização indígena, garantindo direitos aos seus povos, desde que não violem qualquer direito fundamental ou humano. Assim, quanto ao trabalho infantil, se demonstrou tanto a proteção constitucional que estabelece limites de idade mínimos para o trabalho, como ainda a regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Índio. Além disso, há a existência de diversas convenções e tratados internacionais que garantem os direitos humanos das crianças e adolescentes indígenas, tais como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a Convenção nº 138, 169 e 182 da Organização Internacional do Trabalho e, também, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que são efetivados por um sistema de garantia de direitos, que envolvem políticas de atendimento, de proteção e de justiça.

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, organizado pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS) tem como um papel estratégico o enfrentamento do trabalho infantil, a partir de uma atuação e intersetorial dos órgãos que compõem o sistema de garantia de direitos. Nesse, existem os Serviços de Políticas Sociais Básicas (PSB) e os Serviços de Políticas Sociais Especial (PSE), que se articulam para prevenir e garantir um padrão digno de vida a partir de uma transformação da realidade das famílias e das pessoas. No contexto indígena, é necessário verificar as situações de riscos em uma perspectiva de diálogo intercultural, visualizando suas vulnerabilidades em suas múltiplas dimensões, considerando também que nem sempre as crianças e adolescentes indígenas possuem acesso às políticas de atendimento e aos seus direitos fundamentais.

As políticas públicas educacionais devem permitir um ensino bilíngue, garantindo o direito à diversidade cultural, evitando uma formação uniforme e aculturada, o que possibilita uma autonomia e empoderamento da população indígena. As políticas de saúde necessitam de profissionais capacitados para atender de acordo com a diversidade cultural, considerando as particularidades existente nos povos indígenas. Além disso, há a possibilidade de identificação de violações de direitos por meio das políticas públicas. É importante ainda uma maior atuação da Funai, órgão responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos

indígenas, na garantia dos direitos das crianças e adolescentes indígenas. Respondendo ao questionamento proposto, as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena envolvem uma atuação dos órgãos dos sistemas de garantia de direitos com políticas públicas educacionais, de assistência social, de saúde, entre outras, que atuem de acordo com a perspectiva intercultural por meio de uma capacitação dos operadores e de uma atuação que respeite as suas particularidades.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Ministério da Educação, 2006.
- AZEVEDO, M. M. A.; BRAND, A.; COLMAN, R. Os Guarani nos seus processos de mobilidade espacial e os desafios para as políticas públicas na região fronteira brasileira. In: AZEVEDO, M. M. A; BAENINGER, R. (org.) *Povos indígenas: mobilidade espacial*. Campinas: Núcleo de Estudos de População/Unicamp, 2013.
- BALDI, César Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humanos: os direitos humanos em uma perspectiva multicultural. In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BANIWA, Gersem. Autonomia Indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In: DUPRAT, Débora. *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 2 mar. 2024.
- BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 6 mar. 2024.
- BRASIL. *Estatuto do Índio*. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 7 mar. 2024.
- BRASIL. *Lei Orgânica da Assistência Social, nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 9 mar. 2024.
- CANAZILLES, Karolinne Sotomayor Azambuja; ALVES, Gilberto-Luiz; MATIAS, Rosemary. Comercialização do artesanato Kinikinau na cidade ecoturística de Bonito, Mato Grosso do Sul, Brasil. PASOS. *Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, v. 13, 2015.
- CAVALCANTE, Pedro; RIBEIRO, Beatriz Bernardes. O Sistema Único de Assistência Social: resultados da implementação da política nos municípios brasileiros. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 6, p. 1459-1477, 2012.
- COTRIM, Gilberto. *História do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do direito*, n. 29, p. 22-43, 2008.
- CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. Trabalho infantil indígena: uma análise a partir da diversidade cultural. In: LEAL, Rogério Gesta; CANO, Carlos Aymerich; SILVEIRA, Alessandra A. S. *V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019.
- CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. As políticas socioassistenciais na prevenção e erradicação do trabalho infantil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 11, n. 2, p. 224-253, 2020.
- CUSTÓDIO, André Viana; FREITAS, Higor Neves de. O trabalho infantil indígena no Brasil: um paralelo entre a diversidade cultural e a universalidade dos direitos humanos. *Revista Videre*, v. 12, n. 24, p. 275-300, 2020.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. Estratégias “Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. In: **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, 27., 2018, Salvador. *Anais [...]*. Salvador: UFBA, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; REIS, Suzéte da Silva. *Trabalho infantil nos meios de comunicação: o espetáculo da violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

DE SOUZA, Pedro Bastos. Identidade e diversidade cultural como direitos

fundamentais: relação de instrumentalidade e perspectivas no contexto internacional. *Revista Videre*, v. 8, n. 15, p. 141-161, 2016.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

KASSOUF, Ana Lúcia. “O que conhecemos sobre o trabalho infantil?”. *Nova econ.*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 32-350, 2007.

LEME, Luciana Rocha. “A articulação interinstitucional e intersetorial das Políticas Públicas para a Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil no campo”. In: VEROSENE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e Adolescente: Novo curso – Novos temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LISBOA, João Francisco Kleba. Escolarização e Intelectuais Indígenas: da formação à emancipação. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, DF, v. 11, n. 2, 2017.

MARDERS, Fernanda; REIS, Suzéte da Silva. O trabalho infantil indígena sancionado pela diversidade cultural. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 218-237, ago. 2016.

MARTÍNEZ, J. El Derecho De Los Indígenas a Conservar Un Sistema Político Propio Y Su Brecha De Implementación: El Caso De Santa Maria Peñoles. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, DF, v. 7, n. 2, 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Censo Escolar da Educação Básica*. Brasília: INEP, 2007.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Censo Escolar da Educação Básica*. Brasília: INEP, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 1.130*. 2015. Disponível em: http://saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt1130_05_08_2015.html. Acesso em: 6 mar. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIASI)*. 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-indigena/gestao/siasi>. Acesso em: 7 mar. 2024.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Trabalho infantil: diretrizes para atenção integral à saúde de crianças e adolescentes economicamente ativos*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. *Orientações Técnicas: gestão do programa de erradicação do trabalho infantil no SUAS*. Brasília: Governo, 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Trabalho social com famílias indígenas na proteção social básica*. Brasília, DF: MDS, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2017.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. *Atendimento à população indígena na proteção social especial*. Brasília, DF: MDS, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2018.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente*. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. A influência do direito internacional no processo de erradicação do trabalho infantil. *Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)*, v. 23, p. 178, 2018.

NASCIMENTO, Edmilson Alves do; COSTA, Renilda Aparecida. Indígenas crianças: uma fronteira simbólica na política de erradicação do trabalho infantil. *Argumenta Journal Law*, n. 31, p. 171-208, 2020.

NASCIMENTO, Edmilson Alves do; COSTA, Renilda Aparecida. Indígenas e trabalho infantil: da fronteira étnico-cultural à perspectiva de uma ação institucional diferenciada no Brasil. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 23. p. 129-158. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Diversidade Biológica*. 1993. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/7513-convencao-sobre-diversidade-biologica-cdb>. Acesso em: 4 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. 2001. Disponível em: <http://www.bermuseus.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturaisunesco-2005.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Crianças*. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 3 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 4 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego*. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=47&pagina=156>. Acesso em: 5 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 7 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. 1999. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>. Acesso em: 10 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 146 sobre a idade mínima de admissão ao emprego*. 1973. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/r146.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 190 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. 1999. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:1849585729961720::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO. Acesso em: 5 jul. 2020.

PREVE, Daniel Ribeiro. *Pluralismo jurídico e interculturalidade: os sistemas jurídicos indígenas latino-americanos e as formas alternativas na resolução de conflito*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Cristhian Teófilo da. Movimentos Indígenas na América Latina em Perspectiva Regional e Comparada. *Revista de Estudos e Pesquisas Sobre as Américas*, v. 9, n. 1, 2015.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 277 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

SOUZA; Ismael Francisco de; SERAFIM; Renata Nápoli Vieira. *As recomendações do comitê para os direitos da criança, da convenção das nações unidas sobre os direitos da criança (1989)*. Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel Mondo, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. Editora Saraiva, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/05/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 21/05/2022
- Avaliação 1: 29/02/2024

- Avaliação 2: 25/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 25/05/2024
- Retorno rodada de correções: 06/06/2024
- Decisão editorial/aprovado: 04/07/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

ELEIÇÕES MUNICIPAIS NO NORTE DE MINAS: ENTRE A FACTICIDADE DA INEFICÁCIA DA COTA DE GÊNERO E O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DA SUB-REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA

MUNICIPAL ELECTIONS IN THE NORTH OF MINAS: BETWEEN THE FACTICITY OF THE INEFFECTIVENESS OF THE GENDER QUOTA AND THE DEFICIT OF LEGITIMACY OF THE FEMALE POLITICAL UNDERREPRESENTATION

MAXWEL GOMES DOS SANTOS¹
CARLOS VICTOR MUZZI FILHO²

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo avaliar a eficácia da aplicação da cota de gênero nas eleições como instrumento de fomento da representatividade feminina nas câmaras municipais. O recorte espacial concentra-se na Mesorregião Região Norte de Minas e a abordagem que se faz é hipotético-dedutiva. A hipótese que se levanta é de que não houve correlação da variável (independente) preenchimento da cota de gênero nas eleições municipais ocorridas no período de 1996 a 2020, com a variável (dependente) número de vereadoras eleitas. A pesquisa foi operacionalizada com a testagem da hipótese por meio de pesquisa bibliográfica e documental, bem como do levantamento do número de candidaturas masculinas e femininas registradas nas eleições municipais do Norte de Minas, verificando-se em que medida se deu o cumprimento da cota de gênero, bem como confrontando com o número de vereadoras e vereadores eleitos no período investigado. O interesse desta pesquisa foca, assim, em um ponto pouco explorado pelos estudos que se dedicam ao Norte de Minas, qual seja a legitimação dos processos jurídico-políticos locais. Os resultados sinalizam a necessidade de se discutir o papel da cota de gênero, suas limitações, bem como ampliar os estudos de modo a identificar e

- 1 Mestre em Direito, com área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC (2022). Possui especialização lato sensu em Ciências Criminais (CERS - 2021) e Direito Eleitoral e Processual Eleitoral (CEUCLAR - 2007). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES (2001). Professor universitário na Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES (desde 2006) e Analista Judiciário - Área Judiciária - do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (desde 2006). Atuou como advogado - sócio do Escritório de Advocacia Freire e Gomes Advogados Associados (2002-2005). Foi Procurador-Geral do Município de Salinas/MG e também Secretário Municipal de Planejamento, Fazenda e Controle Interno, do mesmo município (2005-2006). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2235937534593914>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4525-6512>.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado (2004) e doutorado (2013) em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004), além de especialização em Direito do Estado, pela PUC-MG (1997). Atualmente é professor assistente II da Universidade FUMEC, nos cursos de graduação e mestrado. Leciona ainda em curso de especialização em Direito Tributário, nas Faculdades Milton Campos e no CAD - Centro de Atualização em Direito, bem como em curso de especialização em Processo Civil, na Universidade FUMEC. Tem atuação profissional na advocacia pública, sendo Procurador do Estado de Minas Gerais, e também na advocacia privada. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8301401234076151>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5321-8917>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SANTOS, Maxwell Gomes dos; MUZZI FILHO, Carlos Victor. Eleições municipais no norte de minas: entre a facticidade da ineficácia da cota de gênero e o déficit de legitimidade da sub-representação política feminina. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 88-112, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9258>.

compreender outras variáveis incidentes na eleição de mulheres, com vista à superação do desequilíbrio nas relações de gênero na esfera pública e nos espaços político-deliberativos.

Palavras-chave: cota de gênero; estado democrático de direito; desigualdade de gênero; representação política feminina; legitimidade.

ABSTRACT

This research aims to estimate the efficiency of the application of the gender quotas in the municipal elections as an instrument for female representativeness in the city halls. The study was focused in the central region of the north of Minas and this study's approach is hypothetical-deductive. The hypothesis is that the gender quota fulfilment in the municipal elections, occurred in the period of 1996 and 2020, acted as an independent variable and there were no necessary correlation with the number of female councillor elected. The research was conducted with the hypothesis testing by means of bibliographical and documental research, as well as a survey of the number of male and female candidacies recorded in the municipal elections of the North of Minas. The gender quota fulfilment was verified and confronted with the number of male and female councillors elected in the analysed period. The interest of this research concentrates in a little explored issue by the studies in the north of Minas, whatsoever is the legitimacy of the local legislative-political processes. The results indicate the need to discuss the role of the gender quota, its limitations, as well as expanding studies in order to identify and understand other variables involved in the election of women, with a view to overcoming the imbalance in gender relations in the public sphere and in political-deliberative spaces.

Keywords: electoral right; democratic state of law; gender inequality; feminine political representation; legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta parte do pressuposto de que a dimensão de gênero é socialmente construída e as relações assimétricas entre homens e mulheres refletem o espaço que eles e elas ocupam nas esferas privada e pública. Destarte, propõe-se avaliar a eficácia da aplicação da cota de gênero nas eleições municipais como instrumento de fomento da representatividade feminina nas câmaras municipais.

O recorte espacial da pesquisa concentra-se na Mesorregião Norte de Minas e o corte temporal inicia-se no ano de 1996, quando se adotou, pela primeira vez, a política afirmativa de reserva de vagas para candidaturas femininas no Brasil, e vai até as eleições de 2020.

A opção pelo recorte espacial focado em uma Mesorregião dá-se porque os estudos acerca da aplicação da cota de gênero nas eleições costumam tomar como referência o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas, de modo que há um hiato em relação aos municípios. Ademais, defende-se que as câmaras municipais conferem uma dimensão material ao princípio democrático, de modo que no contexto de valorização política do município, a democracia ganha um sentido mais qualitativo, enquanto processo de participação cidadã.

A abordagem que se faz é hipotético-dedutiva. A hipótese que se levanta é de que o preenchimento da cota de gênero nas eleições municipais do Norte de Minas, ocorridas no período de 1996 a 2020, atuou como uma variável independente e não houve correlação com o número de vereadoras eleitas (variável dependente).

A pesquisa foi operacionalizada com a testagem da hipótese por meio de pesquisa bibliográfica e documental, bem como do levantamento do número de candidaturas masculinas

e femininas registradas nas eleições municipais do Norte de Minas, verificando-se em que medida se deu o cumprimento da cota de gênero, bem como confrontando com o número de vereadoras e vereadores eleitos no período investigado.

O artigo está estruturado em cinco seções, numeradas a partir desta introdução. Na segunda seção, discorre-se acerca da legitimidade e representação política no paradigma do Estado democrático de direito. Na terceira seção discute-se a cota de registros de candidaturas e sua eficácia como principal instrumento de incentivo à participação política feminina. A quarta seção apresenta e trata os dados acerca da aplicação da cota de gênero nas eleições municipais do Norte de Minas e a quinta seção traz as considerações finais.

2. LEGITIMIDADE E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil chegou ao final do século XX com a esperança de adentrar num novo tempo, sob uma nova constituição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, forjada nos valores que inspiraram o constitucionalismo do Pós-Guerra, tais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político. Sob o paradigma do Estado democrático de direito, a CRFB/88 virou uma página da história brasileira, em que se viveu um recesso democrático de mais de vinte anos sob regime autoritário militar.

Pode-se afirmar que a CRFB/88 redimensionou o próprio sentido de cidadania, que, ampliado, suplanta a possibilidade de exercícios dos direitos políticos clássicos de votar e ser votado. No paradigma do Estado democrático de direito, ser cidadão e cidadã é ser sujeito integrado à vida do Estado. A cidadania passa a ser o canal comunicativo, pelo qual se manifesta o poder que emana do povo e este tem no Estado o *medium* de concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de gênero, raça, ou qualquer outra espécie (Santos, 2022).

José Afonso da Silva (2020) defende que o modelo de democracia de que trata a CRFB/88 é um modelo de democracia participativa, ou seja, que vai além do modelo tradicional de democracia semi-direta, que conjuga mecanismos de participação direta dos cidadãos e mecanismos de representação política. Sob a CRFB/88, a democracia participativa desenvolve a cidadania e as questões da representatividade, visando ao fortalecimento do regime democrático.

Assim, sob o paradigma do Estado democrático de direito ocorre uma incorporação de ideias de tolerância, institucionalidade e participação cidadã. Enfim, uma sociedade política em que cada um e cada uma seja e se sinta cidadão e cidadã livre e igual, que participa dos processos decisórios, com reconhecimento mútuo, num procedimento discursivo livre de dominação (Santos; Freitas, 2021).

De acordo com Anaximandro Lourenço Azevedo Feres, a democracia participativa se destaca como “um processo de instrumentalização do poder político, ativando a autonomia privada da sociedade civil (povo ativo) diante do Poder Público” (Feres, 2008, p. 113). Vale dizer que a opção do legislador constituinte pelo paradigma do Estado democrático de direito deve ser

entendida como “um espaço discursivo que busca garantir a legitimidade das decisões através das garantias atribuídas aos cidadãos de participação na esfera pública” (Feres, 2008, p. 38).

Habermas também contribui com essa discussão ao propor:

Una soberania popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se há vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivistas, se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de esos procedimientos democráticos. Es una soberania que se sublima y reduce a esas iteraciones difícilmente aprehensibles que se producen entre la formación institucional de la voluntad organizada en términos de Estado de derecho y los espacios públicos políticos culturalmente movilizados. Esta soberania, comunicativamente fluidificada, se hace valer en el poder que desarrolla los discursos públicos, en el poder que brota de los espacios públicos autónomos, pero hay de tomar forma en las resoluciones de instituciones democráticamente organizadas de formación de la opinión y la voluntad porque la responsabilidad de las decisiones importantes en la práctica, exige que esas decisiones se puedan imputar con claridade a esta o aquella institución. (Habermas, 2010, p. 612).³

Na perspectiva habermasiana, o poder que emana do povo se manifesta numa soberania construída e legitimada por meio de procedimentos comunicacionais fluidificados, que brotam dos espaços públicos autônomos, fincados em instituições democraticamente organizadas (Habermas, 2010).

Afirma-se, então, que legitimidade e participação são as palavras-chaves de um Estado democrático de direito. Compreende-se, pois, que a legitimidade democrática não se funda no conteúdo dos conceitos, no indivíduo, ou em justificações obtidas *a priori*. A legitimidade, entendida como aceitação racional, tem por fundamento o agir comunicativo de uma sociedade civil capaz de deliberar (poder que emana do povo), a partir de um discurso inclusivo, do qual todas as cidadãs e cidadãos, em igualdade de condições, participem com pretensões de inteligibilidade, verdade e correção. Esse agir comunicativo e integrador, advém da participação efetiva dos cidadãos e cidadãs nos diferentes palcos e arenas que formam as esferas públicas, como é o caso dos partidos políticos e dos parlamentos (Habermas, 2010).

Ao considerar a legitimidade como parâmetro de avaliação da democracia participativa e seus mecanismos de representação política, observa-se um estado de tensão entre a facticidade da sub-representação das mulheres na esfera pública e nos espaços político-decisórios, face à exigência de legitimidade da representação política na composição das casas legislativas. De acordo com dados disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, acerca das eleições municipais, que são foco específico deste trabalho, em 2004, foram registrados 269.665 homens e 76.684 mulheres (22,14% das vagas), tendo sido eleitos 45.265 homens e 6.548 mulheres – 12,64% dos eleitos (Brasil, 2021).

3 Uma soberania popular isenta de sujeito (isto é, não associado a nenhum sujeito), que se tornou anônima, que assim se dissolve em termos intersubjetivistas, recua, por assim dizer, aos procedimentos democráticos e aos exigentes pressupostos comunicativos de implementação desses procedimentos democráticos. É uma soberania que se sublima e se reduz àquelas interações difícilmente compreensíveis que ocorrem entre a formação institucional da vontade organizada em termos de Estado de Direito e os espaços públicos políticos culturalmente mobilizados. Essa soberania comunicativamente fluidificada afirma-se no poder de desenvolver discursos públicos, no poder que brota dos espaços públicos autônomos, mas tem que se concretizar nas resoluções de instituições democraticamente organizadas para a formação de opinião e vontade porque a responsabilidade por decisões importantes, na prática, exige que essas decisões possam ser atribuídas com clareza a esta ou aquela instituição. (Habermas, 2010, p. 612, tradução nossa)

Nas eleições municipais de 2008, por sua vez, foram registradas 271.730 candidaturas masculinas e 76.972 candidaturas femininas (22,07% das vagas em disputa). Nessa eleição, 45.415 homens foram eleitos e 6.505 mulheres (12,53% do total em disputa). No pleito de 2012, foram registrados 419.633 candidatos e 133.868 candidatas (31,9% do total de registros), elegeram-se 49.705 candidatos e 7.648 candidatas (13,3% do total de vagas). No certame de 2016, registraram-se 463.377 candidatos e 153.315 candidatas (33,1% do total). Do universo de 57.814 vagas nas câmaras municipais em todo o país, 8.441 eram mulheres, ou seja 13,5% do total. Nas eleições municipais de 2020, foram eleitas 9.196 candidatas, ou seja, 16% das vagas disputadas, contra 48.265 candidatos – 84% das vagas disponíveis (Brasil, 2021).

Observa-se, a partir dos resultados das eleições municipais, que a dissimetria de gênero reflete na sub-representação feminina na composição das câmaras municipais. Isto constitui um déficit de legitimidade democrática, que não coaduna com o princípio constitucional da igualdade e nem com o paradigma do Estado democrático de direito.

3. A COTA DE REGISTROS DE CANDIDATURAS COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA

De maneira geral, ao contrário do Brasil especificamente, a América Latina vem alcançando avanços na inclusão de mulheres na composição dos parlamentos. Esses avanços costumam ser creditados à adoção de cotas que garantam uma porcentagem mínima de candidaturas às mulheres:

Apesar de os índices não serem satisfatórios, a América Latina conseguiu superar a média global graças a políticas afirmativas, como as leis de cotas. Nos anos 1990, depois da IV Conferência Mundial sobre Mulheres, em Beijing, vários países latino-americanos aprovaram leis de cotas de gênero, garantindo uma porcentagem mínima de candidaturas a mulheres. A lei de cotas é uma norma de reparação que garante que os partidos políticos apresentem, durante a eleição, um número equilibrado de candidatos homens e candidatas mulheres. É uma política pública que incentiva mulheres a concorrer a eleições populares na mesma condição que os homens e que acelera a inclusão de mulheres na política para corrigir um desequilíbrio histórico (Instituto Update, 2020, p. 36)

No Brasil, entretanto, a adoção da política de cotas de registros de candidaturas femininas, no sistema eleitoral de listas abertas, não tem logrado o êxito esperado. Esta assertiva encontra respaldo nos resultados das eleições apresentados na seção 2 deste trabalho. A experiência brasileira com essa modalidade de cota remonta ao ano de 1995, quando foi positivada a reserva de porcentagem mínima de candidaturas às mulheres, a partir das eleições municipais de 1996. A Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, assim dispôs:

Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

[...]

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres (Brasil, 1995).

Em 1997, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como Lei das Eleições, que estabeleceu que a cota de gênero seria de 30% e 70% para cada sexo. Apesar das diversas alterações ao longo de sua vigência, a Lei das Eleições mantém esses percentuais, que devem ser observados nos registros de candidaturas aos cargos eletivos proporcionais, tanto nas eleições gerais, como nas eleições municipais (Brasil, 1997).

Observa-se, porém, que os limites permitidos para lançamento das candidaturas masculinas acabam por esvaziar a cota feminina, na medida em que resta diluída a cota de registro de candidaturas das mulheres num universo de ampla possibilidade de lançamento de candidaturas masculinas. Com efeito, a cota de 30% para mulheres perde sua força, face à possibilidade de os partidos concorrerem, por exemplo, com 70% de candidaturas masculinas, num limite de registro total de candidaturas correspondente a até 120% das vagas em disputas, conforme previa a Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995; ou 150%⁴, conforme previa originariamente a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Rodrigues, 2017).

Os resultados das eleições, após a implantação da cota de gênero no Brasil, desde o início, conforme se viu na seção 2, não tem produzido resultados satisfatórios no número de candidatas eleitas. O Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CEFFEMEA (2000), ao analisar os reflexos da cota de gênero nas eleições municipais de 2000 apresenta os seguintes dados comparativos:

A comparação dos resultados eleitorais de 2000 com os resultados de 1996 é bastante complicada, tendo em vista que 33,03% dos registros do Tribunal Superior Eleitoral, para o ano de 1996, não continham informação sobre o sexo. Este dado, naquele ano, ainda não era de preenchimento obrigatório na ficha de inscrição de candidaturas.

Se trabalharmos com os dados do TSE, para as Câmaras de Vereadores, vamos identificar um crescimento do número de mulheres eleitas, que passaram de 4338 (7,41%), em 1996, para 7000 (11,61%) em 2000.

Mas, se nós utilizarmos os dados do Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM, que realizou um processo de checagem dos registros sem indicação de sexo, identificando neste universo as mulheres e os homens, a primeira observação que salta aos olhos é que o número de mulheres e homens eleit@s ("sic") permaneceu praticamente estável.

Em 1996, segundo os dados do IBAM, foram eleitas 6.598 mulheres vereadoras, representando 10,99% do total, e neste ano de 2000, segundo os dados do Tribunal Superior Eleitoral, foram 7000 as mulheres eleitas, representando 11,61%. Parte deste pequeno crescimento detectado pode, ainda, ser creditado ao aumento do total de municípios brasileiros - em 1996 ocorreram eleições em 5.505 municípios, e em 2000 em 5.559. (CFEMEA, 2000)

Além do modelo de cota adotado pelo Brasil, no qual se estabelece reserva para a formação da lista de candidatos, os países que adotam políticas afirmativas de gênero, com a finalidade de ampliar a participação de mulheres na representação política, costumam utilizar também outros modelos. Dentre esses modelos destacam-se o que determina reserva de assentos para mulheres no parlamento e também a fixação voluntária de cotas estabelecidas

4 Com o advento da Lei nº 14.211, de 1º de outubro de 2021, que alterou o art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, o limite permitido passou a ser de 100% (cem por cento) do número de lugares a preencher mais 1 (um).

pelos partidos políticos (Rodrigues, 2017). Cada modelo tem seus pontos fortes, mas também aspectos passíveis de críticas. No caso do modelo adotado pelo Brasil, questiona-se, por exemplo, o fato de que a reserva de vagas para registro ocorra num sistema eleitoral de lista aberta, que diminui a possibilidade de êxito da política afirmativa. Com efeito, no sistema proporcional de lista aberta tanto os votos dados ao partido quanto aos candidatos têm importância no cômputo final das vagas.

Os sistemas eleitorais costumam ser categorizados em três grandes grupos: os majoritários, os proporcionais e os mistos. Para este estudo, interessa de modo especial, o sistema proporcional, de lista. Nesse sistema, o partido político é o agente de destaque. A agremiação partidária apresenta uma lista de candidatos a serem escolhidos pelos eleitores e as cadeiras são distribuídas no parlamento conforme uma fórmula de proporcionalidade (Nicolau, 2012).

Quando a lista é aberta, cada partido apresenta um rol de candidatos e os eleitores votam em um dos nomes apresentados. Na apuração, os votos dos candidatos são somados aos votos dos partidos e servem para definir o número de cadeiras a que o partido terá direito. As cadeiras obtidas são distribuídas aos candidatos mais bem votados na lista partidária. Quando o sistema é de lista fechada, os partidos definem antes das eleições a ordem dos nomes dos eleitos nas vagas eventualmente conquistadas. Aqui, os eleitores não votam em nomes, apenas em um dos partidos em disputa (Nicolau, 2012).

No sistema proporcional de lista aberta, que é o modelo adotado no Brasil, há uma tendência de os partidos privilegiarem os candidatos considerados puxadores de votos, ou seja, amplamente conhecidos pelo público e que tenham capital político consolidado (Silveira, 2019). As candidaturas femininas, assim, para ser viáveis, demandariam acesso, em igualdade de condições com os homens aos recursos de financiamento, aos meios de comunicação e propaganda, bem como gozar de apoio da estrutura partidária para se fazerem conhecidas e desenvolverem capital político com suas propostas.

Defende-se neste trabalho, como medida de aprimoramento da política afirmativa de incentivo à participação feminina na política e, conseqüentemente, a eleição de mulheres nas eleições proporcionais, a adoção da cota de gênero na reserva de vagas para a formação da lista de candidatos, mas em percentuais próximos à participação de gênero na composição do eleitorado. Com isso, preservar-se-ia a ordem de votação recebida pelos candidatos e candidatas na lista apresentada pelo partido ou coligação. Acredita-se que a elevação do número de candidatas à proporção das mulheres no eleitorado, traria, em tese, maior possibilidade de se elegerem candidaturas femininas, pois os partidos teriam que investir na formação de quadros de mulheres viáveis eleitoralmente, para terem maiores chances nas disputas.

Como medida alternativa, propõe-se a reserva de vagas nos parlamentos. Com isso, assegurar-se-ia um patamar mínimo de vagas femininas a serem preenchidas. O percentual a ser reservado, contudo, deveria ser resultado de um debate amplo e franco, do qual participassem efetivamente os principais destinatários da norma, ou seja, as mulheres e os partidos políticos. Mas, como piso inicial, a proposta é de que seja um mínimo de 30% das vagas do parlamento, pois essa é a meta estipulada pela cota de gênero, desde o ano de 1997, com a Lei das Eleições.

Eneida Desiree Salgado e Renata Caleffi também defendem a adoção de cotas de reservas de vagas no Legislativo:

Uma das possibilidades aventadas para aumentar o número de mulheres no Parlamento é a substituição de cotas de candidaturas (hoje existente) por cotas de representação – ou seja, reservar cadeiras parlamentares exclusivamente para mulheres. Esta reserva não afasta a possibilidade de que mulheres com pouca expressão política, sem vinculação com as pautas femininas ou integrantes da família de chefes políticos possam ocupar as vagas, mas seu desenho institucional pode intensificar ou abrandar o risco. (Salgado; Caleffi, 2015, on-line).

Sabe-se, porém, que a ampliação das políticas de incentivo à participação feminina certamente encontrará resistência. Conforme adverte Marilda de Paula Silveira, “A adoção de ações afirmativas é sempre acompanhada de grande polêmica e algum desconforto, sobretudo por parte daqueles que não se encontram no núcleo de proteção” (Silveira, 2019, p. 342).

Na perspectiva legitimadora do debate democrático e da proteção dos direitos fundamentais, a sub-representação feminina na política e nos parlamentos constitui déficit de legitimidade democrática a ser superado. Lina Bareiro e Isabel Torres García (2009) pontuam que:

La democracia latinoamericana es representativa, aún en el caso de que no se mencione la representación. Al mismo tiempo puede considerarse que es crecientemente participativa, pues en diversos países tienen vigencia mecanismos tales como el plebiscito, el referéndum, la iniciativa legislativa popular y la revocatoria de mandato. Sin embargo, persiste una insatisfacción con la democracia en la región, basada principalmente en la capacidad del sistema político de procesar adecuadamente el conflicto social en la región más desigual del mundo (Bareiro; García, 2009, p. 16)⁵.

A seguir serão apresentados e analisados os dados acerca da aplicação da cota de gênero nas eleições municipais ocorridas na mesorregião Norte de Minas, no período de 1996 a 2020. A partir da análise dos dados levantados, busca-se avaliar a eficácia da cota de gênero como principal ação afirmativa de fomento à eleição de mulheres para as câmaras municipais.

4. A REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS CÂMARAS MUNICIPAIS DA REGIÃO NORTE DE MINAS E A APLICAÇÃO DA COTA DE GÊNERO NAS ELEIÇÕES

Neste capítulo, confrontar-se-ão a fatiade dos dados acerca do percentual de cumprimento da cota de gênero nos registros de candidaturas femininas (variável independente) e o número de vereadoras eleitas nos municípios do Norte de Minas (variável dependente), buscando-se avaliar a eficácia da cota de gênero como política afirmativa de incremento do número de mulheres eleitas para as câmaras municipais.

O Norte de Minas integra o rol de mesorregiões do IBGE (Minas Gerais, 2021a) e também das Regiões de Planejamento do Estado de Minas Gerais (Minas Gerais, 2021b). Compõe-se

5 A democracia latino-americana é representativa, mesmo quando a representação não é mencionada. Ao mesmo tempo pode ser considerada cada vez mais participativa, uma vez que em vários países há mecanismos eficazes como o plebiscito, o referendo, a iniciativa legislativa popular e a revogação do mandato. No entanto, a insatisfação com a democracia persiste na região, com base principalmente na incapacidade de o sistema político tratar adequadamente o conflito social na região, que é a mais desigual do mundo do mundo. (Bareiro; García, 2009, p. 16, tradução nossa).

de 7 microrregiões, que abarcam 89 municípios: Microrregião de Januária (16 municípios), Microrregião de Janaúba (13 municípios), Microrregião de Salinas (17 municípios), Microrregião de Pirapora (10 municípios), Microrregião de Montes Claros (22 municípios), Microrregião de Grão Mogol (6 municípios) e Microrregião de Bocaiúva (5 municípios).

Entende-se por Mesorregião uma área individualizada, em uma Unidade da Federação, que apresenta forma de organização do espaço geográfico definidas pelas seguintes dimensões: o processo social, como determinante; o quadro natural, como condicionante; e a rede de comunicação e de lugares, como elemento da articulação espacial. Essas três dimensões possibilitam que o espaço delimitado como Mesorregião tenha uma identidade regional. Essa identidade é uma realidade construída ao longo do tempo pela sociedade que aí se formou.

As Microrregiões Geográficas, consideradas como partes das Mesorregiões, foram definidas por suas especificidades quanto à estrutura da produção agropecuária, industrial, extrativa mineral e pesqueira. Para a compreensão das especificidades da estrutura produtiva, utilizaram-se, também, informações sobre o quadro natural e sobre relações sociais e econômicas particulares, compondo a vida de relações locais pela possibilidade de atender à população por meio do comércio de varejo ou atacado ou dos setores sociais básicos. (IBGE, 1990, p. 8)

A opção por verificar a eficácia da cota de gênero nas eleições municipais advém da percepção de que as câmaras municipais substancializam o princípio democrático, de modo que no contexto de valorização política do município, a democracia ganha um sentido mais qualitativo, enquanto processo de participação cidadã (Santos, 2022). Em razão disso, defende-se que as casas legislativas municipais deverão espelhar tanto quanto possível os diversos matizes que compõem a sociedade, num processo comunicacional e dialético, do qual participem as mulheres em igualdade de condições como os homens (Santos; Freitas, 2021).

Sabe-se que o Brasil possui 5570 municípios, dos quais 68,2% (3670 municípios) tem população de até 20 mil habitantes (Associação Mineira de Municípios, 2019). Logo, em quase 70% dos municípios brasileiros, as relações intersubjetivas são próximas e as pessoas praticamente se conhecem. Conforme Schütz (2018), a construção do mundo social tem caráter significativo para aqueles que o habitam. Assim, vive-se no mundo social para outros indivíduos, pelos quais se orientam as atividades dos diversos sujeitos. A construção do mundo social, a partir da intensidade das relações subjetivas, comportam diferentes graus de anonimato, conforme seja maior ou menor a proximidade vivencial. Com efeito, a intensidade dos laços entre os indivíduos tende a ser mais intensa nos pequenos municípios do que nas cidades maiores.

Em razão dessa mitigação do anonimato nos pequenos municípios e da proximidade nas relações pessoais, os eleitores têm acesso muito mais direto e frequente aos vereadores. Isto tende a ser um fator de legitimação qualitativa no sistema de representação política. Essa proximidade entre eleitores e vereadores foi captada em estudo realizado por Marcella Barbosa Miranda Teixeira e Carolina Maria Mota Santos (2020) e registrada no depoimento da vereadora Regina Braga, única mulher a exercer mandato legislativo na câmara municipal de Ouro Preto/MG, na legislatura de 2017/2020:

Regina fala que, com as redes sociais e aplicativos de mensagens, as pessoas a procuram a todo o momento, até mesmo de madrugada, para resolver problemas. No relato, conta algumas situações: Então, o primeiro que ele lembra é o vereador, que é o representante dele, para brigar por ele, pelo menos para xin-

gar e para falar aqui na Câmara que ele não foi bem atendido ou que o médico não estava lá. Então, na hora do desespero é o vereador. Então, às vezes, de madrugada liga, às vezes, altas horas, entendeu e você tem que sair porque ele está te chamando lá na UPA, porque o filho dele está ou a mãe dele está mal e não tem um médico para atender. Ele quer que você vá lá para brigar por ele. Então é assim, é tudo muito próximo. Às vezes tem briga na rua dele, tem gente atirando na rua dele, é desse jeito: 'Está tendo uma confusão aqui, está tendo uma violência danada aqui, tem gente atirando, como é que a gente faz, pelo amor de Deus'. É tudo assim, então não tem hora, não tem dia, não tem final de semana. E quando tem um casamento do filho, ele quer que você vá também. Tem a parte boa. Quando tem o batizado do filho, ele quer que você vá também. Ele quer a sua presença, entendeu. (Teixeira; Santos, 2020, p. 185).

Entretanto, analisar a realidade dos municípios brasileiros é algo complexo, tanto pela quantidade (5570 municípios), como pela diversidade que cada região apresenta. Um mesmo estado, como é o caso de Minas Gerais, pode apresentar regiões com realidades bastante díspares do ponto de vista demográfico, econômico, histórico e político. Neste sentido, João Batista de Almeida Costa pondera que "Cada uma das regiões culturais internas à sociedade mineira tem temporalidade própria e surgiu de frentes de expansão colonial ou de processos de migração que emergiram com o declínio da mineração aurífera, em meados do século XVIII" (Costa, 2021, p. 175).

Para compreender a complexidade dos processos jurídico-políticos nos municípios, o uso de informações globais, de forma muito generalista, nem sempre se mostra adequado. Assim, devem-se fazer recortes e estratificações que permitam levar em conta esses multifacetados aspectos das realidades locais.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE fez uma divisão regional do Brasil e criou um nível agregado intermediário, a mesorregião⁶, a qual é agrupada por microrregiões. Essa divisão permite um recorte regional dos estados e possibilita o desenvolvimento de estudos com diferentes níveis de estratificação:

Em 1977, a Divisão Regional do Brasil ganhou um nível intermediário de agregado espacial denominado Mesorregião e definido pelo agrupamento de Microrregiões, gerando um total de 86 Mesorregiões. O recorte em unidades intermediárias estava previsto como uma futura etapa de trabalho da Divisão Regional iniciada em meados da década de 1960.

As Mesorregiões Homogêneas, assim como as Microrregiões Homogêneas, buscavam definir um sistema regional que permitisse o desenvolvimento de estudos regionais a diferentes níveis de agregação. Estes estudos buscavam possibilitar o uso de informações que nem sempre eram representativas para as unidades observacionais vigentes. (IBGE, 2020)

O Governo do Estado de Minas Gerais, por sua vez, divide o estado em dez Regiões de Planejamento: Alto Paranaíba (31 municípios), Central (158 municípios), Centro-Oeste de Minas (56 municípios), Jequitinhonha/Mucuri (66 municípios), Mata (142 municípios), Noroeste de

6 O IBGE, em 2017, divulgou nova divisão territorial com foco nas articulações regionais. Nesse novo recorte das Regiões Geográficas, foram incorporadas as mudanças, a partir de duas novas escalas – as Regiões Geográficas Intermediárias (antigas Mesorregiões) e as Regiões Geográficas Imediatas (que antes eram tratadas como Microrregiões). Conforme esclareceu o IBGE, essa nova classificação não altera e nem substitui as divisões político-administrativas dos municípios, das Unidades da Federação e nem das Grandes Regiões. É mais uma opção para compreender a dinâmica dos processos de transformação dos espaços regionais nos últimos trinta anos (IBGE, on-line). Este estudo utiliza-se da classificação anterior em Mesorregião e Microrregião, sobretudo em razão do conhecimento já produzido e publicado acerca do espaço territorial do Norte de Minas, que, na nova classificação, passa a integrar a Região Intermediária de Montes Claros.

Minas (19 municípios), Norte de Minas (89 municípios), Rio Doce (102 municípios), Sul de Minas (155 municípios) e Triângulo (35 municípios) (Minas Gerais, 2021).

O recorte espacial deste estudo concentra-se no Norte de Minas e suas 7 microrregiões. O corte temporal inicia-se no ano de 1996, tendo em vista que nas eleições municipais daquele ano foi a primeira vez que o Brasil adotou a política afirmativa de reserva de vagas para registro de candidaturas femininas, em eleições municipais. Para analisar a eficácia da cota de gênero como medida de política afirmativa, os dados levantados e discutidos neste estudo focam os quantitativos de registros de candidaturas masculinas e femininas, por pleito municipal, e contemplam a evolução da composição das câmaras municipais quanto ao gênero. Assim, abre-se caminho para melhor compreender a maneira como se dá a participação das mulheres esfera pública política do Norte de Minas.

4.1 CARACTERIZAÇÃO DA MESORREGIÃO NORTE MINAS

O Norte de Minas ocupa 36% da área total de Minas Gerais e concentra cerca de 14% da população total do estado (Coelho, 2016). Trata-se de uma região predominantemente urbana, com taxa de urbanização em torno de 69%. Participa em 4% do Produto Interno Bruto – PIB do estado e possui uma cidade polo regional, que é Montes Claros (Associação Mineira de Municípios, 2014).

João Batista de Almeida Costa destaca que a sociedade norte mineira é caracterizada e reconhecida nacional e internacionalmente como uma sociedade sertaneja:

Essa imagem regional globalizou-se após João Guimarães Rosa (1986) ter ficcionalizado o território regional com as andanças dos personagens de Grande Sertão: Veredas para construir um retrato do Brasil. Mas sua condição de parte constitutiva do sertão não é uma construção roseana; ela foi cunhada ao longo da história e da percepção da paisagem nacional, cindida entre litoral e sertão (Costa, 2021, p. 45-46).

O Norte de Minas foi uma sociedade que praticamente não sofreu alterações até o início do século XX, marcada pela produção agrícola e agropastoril, onde as fazendas eram o centro do espaço produtivo, ladeadas por sitiantes, posseiros e agregados, que tocavam a economia local a partir dos insumos gerados pelo próprio sistema agrícola. As relações sociais, alicerçadas no patriarcalismo, eram demarcadas pelo compadrio, por papéis sociais e vínculos afetivos construídos historicamente (Costa, 2019).

Do ponto de vista político e econômico, o fato mais impactante da segunda metade do século XX para o Norte de Minas foi a sua inclusão na área da SUDENE⁷:

A chegada da SUDENE à região norte mineira propicia a expansão das relações capitalistas que promoveu mudanças profundas na forma de vinculação com a terra, na medida em que propiciou a privatização das glebas. Ocorreu o consequente cercamento, a introdução de novas práticas de cultivo e de criação de

7 A SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, órgão de planejamento, estudo, supervisão, execução e coordenação de ações voltadas à promoção do desenvolvimento da região Nordeste, criado pela Lei nº 3692/1959 (BRASIL, 1959). Para fins de atuação da SUDENE, o espaço definido como Nordeste é dado pela via legislativa e não coincide com a divisão regional feita pelo IBGE (daí a inclusão do Norte de Minas como parte do Nordeste). “A criação da Sudene resultou da percepção de que, mesmo com o processo de industrialização, crescia a diferença entre o Nordeste e o Centro-Sul do Brasil. Tornava-se necessário, assim, haver uma intervenção direta na região, guiada pelo planejamento, entendido como único caminho para o desenvolvimento” (CPDOC, [2021]).

gado, após o desmatamento da área e o reflorestamento das chapadas com eucalipto e pinus, para subsidiar o pólo siderúrgico em implantação na área central mineira (Costa, 2019, p. 223).

De acordo com Laurindo Mékie Pereira, nesse período – segunda metade do século XX – ocorre a expansão do processo de transformação sociopolítica e econômica a que ele chama de *ocidentalização* do Norte de Minas:

No período 1950-1990/2000, simultâneo ao processo de modernização econômica, expandiu-se a sociedade civil regional, materializada nas associações de prefeitos e vereadores, nos jornais e revistas, clubes, igrejas, lojas maçônicas, rede escolar e faculdades pública e particulares e sindicatos patronais e de trabalhadores rurais e urbanos. Podemos dizer que houve uma *ocidentalização* do Norte de Minas, no sentido de que as formas de exercício do poder tornaram-se mais complexas, não se restringindo ao controle do aparelho de Estado *stricto sensu* (Pereira, 2007, p. 204-205).

O Norte de Minas, para além dos valores tradicionais centrados num modelo de sociedade agropecuária, marcada pelo coronelismo e pela conformação patriarcal, passa a compartilhar valores de um mundo globalizado, seja nos modos de produção, seja na própria estruturação da sociedade, que se torna cada vez mais urbana, bem como nas relações sociais que se tornam plurais e se complexificam. Entretanto, conforme Anete Marília Pereira e Beatriz Ribeiro Soares, trata-se de uma região marcada por graves deficiências sociais e baixa incorporação tecnológica:

o Norte de Minas é uma das regiões que se diferencia no contexto estadual de um lado pela sua dinâmica ambiental marcada, sobretudo, pela semi-aridez do clima e, por outro lado, pela sua estrutura socioeconômica, caracterizada pelas graves deficiências sociais e pela baixa incorporação tecnológica. A imagem criada deste conjunto regional como um “bolsão de pobreza” permeia a maior parte dos estudos que tratam do Norte de Minas. (Pereira; Soares, 2005, p. 11611).

Junia de Souza Silva, em seus estudos sobre a qualidade de vida no Norte de Minas salienta que:

o desenvolvimento tardio da região geográfica intermediária do Norte de Minas Gerais/MG contribui para a disparidade dos aspectos econômicos e sociais apresentados, principalmente nos campos da saúde e educação, contribuindo para uma estrutura pobre e precária que estende a desqualificação desmerecida que a região estabelece, mas que merece uma maior atenção por parte do poder público, a fim ajudar a aumentar a qualidade [de vida] desses municípios e de seus munícipes (Silva, 2020, p. 117-118).

Em relação ao papel da mulher no Norte de Minas, pode-se dizer que, numa sociedade machista e patriarcal, como é o caso, ela ocupa um papel subalterno, centrado na esfera privada do lar e com reduzida ou nenhuma participação na esfera pública política. Entretanto, há uma distinção entre a mulher norte-mineira urbana e a sertaneja. Embora ambas tenham a vida centrada na esfera privada, sobretudo doméstico familiar, a sertaneja vivencia o espaço de produção e subsistência junto com os homens e, por isso, consegue alguma autonomia, apesar da divisão sexual do trabalho (Cunha, 2013). Neste sentido, Maria das Graças Campolina Cunha afirma que:

No norte de Minas, vemos que esta divisão se reproduz, apesar de não serem tão destacadas as diferenças de papéis entre homens e mulheres. Porém, as identidades dos grupos também são construídas a partir de uma lógica hierárquica que reproduz as relações de gênero existentes no interior dessas populações. [...]

O trabalho da mulher nos espaços de lavoura é considerado 'leve', mesmo que para isso ela tenha que acumular com esta atividade as obrigações da vida cotidiana. No contexto de construção de identidade coletiva dessas populações, a identidade da mulher camponesa vincula-se à do homem, refletindo um discurso hierárquico: a visibilidade do trabalho carrega imbricada a responsabilidade masculina de pensar e executar as ações produtivas (Cunha, 2013, p. 157-158)

Cláudia Maia e Bárbara Figueiredo Souto destacam, porém, o caráter não estático das relações de gênero e como isto se manifesta no Norte de Minas, a partir da trajetória de mulheres retratadas como "brabas", que rompem o estereótipo da domesticidade burguesa:

A literatura, tanto a de ficção, a exemplo de Guimarães Rosa, quanto a de memórias, como a de Cyro dos Anjos e Darcy Ribeiro, também criaram representações de mulheres na região que escapam ao modelo submisso, passivo e obediente que estava sendo instituído e caracterizava a mulher burguesa. Algumas vezes elas apareceram como mulheres "bravas" no sentido de destemidas, aguerridas; outras, como mulheres "brabas", ou seja, insubordinadas, incivilizadas, bárbaras, como o próprio sertão frequentemente é representado, numa estratégia discursiva para desqualificar esse espaço marginal em relação aos centros. Assim, argumentamos que o modelo de feminilidade nessa região não estava baseado na domesticidade burguesa, em que são valorizados certos aspectos, como fragilidade, doçura, passividade, retidão e submissão. Entendemos que as relações de gênero não são estáticas e permanentes e que as representações acerca do feminino são também históricas. (Maia; Souto, 2020, p. 141)

São essas mulheres capazes de romper os padrões de gênero e as expectativas geradas ao redor do estereótipo feminino que ingressam na esfera pública política. Com efeito, a baixa presença feminina nas esferas políticas formais e os baixos índices de mulheres eleitas para os cargos legislativos não significa que as mulheres naturalmente tenham menos interesse pela política do que os homens. Essa facticidade do recesso feminino na política decorre antes de tudo de um processo histórico que privilegia a figura masculinas nas esferas públicas e espaços político-deliberativos e relega a mulher ao doméstico do lar.

Nesse contexto, discutir o déficit de legitimidade democrática decorrente da participação política ganha contornos que envolvem a estruturação de uma nova esfera pública em que se proporcione a igualdade de oportunidade entre candidatos e candidatas. Nessa perspectiva habermasiana, a legitimidade democrática se dá pela participação discursiva de homens e mulheres que se reconhecem cidadãos e cidadãs de uma sociedade civil deliberativa, num modelo de democracia cuja legitimidade se dá por meio do agir comunicativo (Habermas, 2010).

A seguir, apresentam-se os dados referentes às eleições municipais ocorridas no Norte de Minas Gerais, desde a implantação da cota de gênero por meio da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, até às eleições de 2020. A partir dos dados levantados, é possível comparar a evolução histórica dos registros de candidaturas, o índice de aplicação da cota de gênero e

seu possível efeito no número de vereadoras eleitas. No cálculo do percentual de cumprimento da cota, bem como no percentual de vereadoras eleitas face ao total de preenchimento das vagas nas câmaras municipais desprezaram-se as casas decimais, se menores que 0,5 (meio) e arredondou-se para 1 (um), se maior ou igual a 0,5 (meio).

4.2 A APLICAÇÃO DA COTA DE GÊNERO NAS ELEIÇÕES DO NORTE DE MINAS

A aplicação da cota de gênero nas eleições municipais que ocorreram no Norte de Minas, desde a implantação dessa política afirmativa na eleição de 1996 e nas subsequentes, até o ano de 2020, não se deu de maneira uniforme e os resultados produzidos não refletiram no esperado incremento da participação feminina na composição das casas legislativas.

As informações levantadas e apresentadas na Tabela 1 evidenciam que, num primeiro momento, no período de 1996 a 2008, os partidos políticos e coligações, de modo geral, não cumpriram a cota de gênero, ou seja, registraram candidatas em percentual menor que o piso estabelecido na política afirmativa, que, no ano de 1996 foi de 20% do total de candidaturas e nas eleições proporcionais seguintes foi de 30%.

Tabela 1 - Dados referentes ao cumprimento da cota de gênero no Norte de Minas agrupados por Microrregião

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
1	JANUÁRIA	1996	610	122	17	156	17	10
		2000	752	130	15	155	17	10
		2004	842	140	14	129	16	11
		2008	705	139	16	134	12	8
		2012	710	324	31	141	10	7
		2016	782	428	35	146	12	8
		2020	854	455	35	142	18	11
2	JANAÚBA	1996	464	90	16	132	13	9
		2000	552	110	17	129	16	11
		2004	467	103	18	104	14	12
		2008	449	119	21	107	11	9
		2012	555	266	32	123	14	10
		2016	597	281	32	130	7	5
		2020	641	337	34	120	17	12

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
3	SALINAS	1996	472	98	17	155	22	12
		2000	658	126	18	159	19	11
		2004	650	145	18	142	20	12
		2008	594	122	17	138	15	10
		2012	546	268	32	134	13	9
		2016	626	305	33	147	18	11
		2020	681	359	35	142	25	15
4	PIRAPORA	1996	718	148	17	101	8	7
		2000	721	161	18	97	11	10
		2004	542	149	22	85	6	7
		2008	500	111	18	81	10	11
		2012	630	301	32	91	11	11
		2016	615	308	33	92	10	10
		2020	711	378	35	89	13	13
5	MONTES CLAROS	1996	1099	193	15	217	22	9
		2000	1235	209	14	213	26	11
		2004	1109	227	17	189	15	7
		2008	1126	252	18	185	19	9
		2012	1257	588	32	200	24	11
		2016	1259	625	33	206	18	8
		2020	1422	724	34	204	20	9
6	GRÃO MOGOL	1996	151	29	16	54	2	4
		2000	194	34	15	48	8	14
		2004	201	30	13	49	5	9
		2008	220	43	16	49	5	9
		2012	175	87	33	50	6	11
		2016	240	121	34	51	5	9
		2020	230	130	36	50	8	14
7	BOCAIÚVA	1996	199	30	13	45	6	12
		2000	263	35	12	49	2	4
		2004	227	41	15	39	6	13
		2008	248	52	17	42	3	7
		2012	245	122	33	46	3	6
		2016	341	169	33	44	5	10
		2020	305	163	35	45	4	8
	TOTAIS		13422	6729	33	2393	261	10

A doutrina eleitoralista informa que a interpretação desfavorável às mulheres foi um dos principais instrumentos usados para burlar a cota de gênero ou aplicá-la de maneira esvaziada. Adotava-se o entendimento de que bastaria reservar a vaga da cota, sem necessariamente preenchê-la. De acordo com José Jairo Gomes:

A esse respeito, adverte Barreiros Neto (2011, p. 180) que a interpretação da nova redação do §3ª “*não pode tender para o absurdo, que seria obrigar o partido a, de fato, preencher os trinta por cento reservados a cada sexo*”. Isso porque, muitas vezes, a agremiação não conta em suas fileiras com número de pessoas suficientes de um determinado sexo, para preencher a quota. Diante disso, prossegue o autor, a interpretação mais coerente “*é aquela que impõe o limite máximo de 70 % do total de vagas que podem ser preenchidas para um determinado sexo, e não exatamente aquela que determina os 30% mínimos deverão ser, a qualquer custo, preenchidas*”. O problema, porém, dessa interpretação é que torna sem sentido o estabelecimento da quota de gênero, já que o partido fica desobrigado de preencher o limite mínimo estabelecido. (Gomes, 2016, p. 364-365)

Para superar a linha hermenêutica que esvaziava de eficácia a cota de gênero pelo descumprimento, Gomes (2016) realça que foi necessário que o legislador alterasse a redação do §3, do artigo 10, da Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), o qual passou a dispor que para o cálculo dos percentuais de 30% e 70% cada partido ou coligação deveria **preencher** (destaque ausente no original) as cotas para candidaturas de cada sexo. Antes dessa alteração, que se deu por meio da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, a Lei das Eleições dispunha que do número de vagas resultantes das regras previstas no artigo 10, cada partido ou coligação deveria **reservar o mínimo** (destaques ausentes no original) de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Assim, com a nova redação, cuja aplicabilidade em eleições municipais se deu a partir do pleito de 2012, o entendimento passou a ser no sentido da obrigatoriedade de que o cálculo desses percentuais de reserva se baseasse no número de candidatos cujos registros fossem realmente e “efetivamente requeridos pelo partido ou pela coligação, e não (como ocorria antes) o número abstratamente previsto em lei” (Gomes, 2016, p. 365).

Assim, a Tabela 1 também evidencia que partir das eleições municipais de 2012 a cota passou a ser formalmente cumprida em todas as microrregiões que integram o Norte de Minas. Entretanto, os dados dispostos na Tabela 1 sugerem o descompromisso dos órgãos partidários em incentivar e investir na formação de quadros femininos competitivos. Neste sentido, os resultados das eleições de 2012 a 2020 revelam que o número de candidatas eleitas, a despeito do cumprimento da cota de gênero, continuou em patamares semelhantes àqueles do período em que a cota não era efetivamente aplicada (eleições de 1996 a 2008). Essa dissonância reforça a percepção de que a dificuldade em se cumprir a cota de gênero ocorre apenas em relação às mulheres. A cota atribuída aos homens foi preenchida em patamares iguais ou próximos aos 70% do total de vagas registradas. Por outro lado, o número de candidatas registradas ficou sempre em patamares próximos do piso de 30% (no período de 2012 a 2022).

A Tabela 1 também revela que o percentual médio de candidatas eleitas em relação ao total de vagas disputadas foi de 10%. As Tabelas 2 e 3 indicam que essa média de 10% de êxito das candidaturas femininas ocorreu tanto nos dados segmentados referentes ao período de 1996 a 2008, quanto naqueles referentes ao período de 2012 a 2020. Reitera-se que neste último período observou-se o cumprimento nominal da cota gênero.

Com efeito, os dados comparados das Tabelas 1, 2 e 3 evidenciam a ineficácia da cota de gênero no período investigado, uma vez que não houve correlação entre o cumprimento ou descumprimento da cota de gênero e a eleição de vereadoras. Isto é, houve eleições em que não se cumpriu a cota de gênero e o número de mulheres eleitas foi maior do que em períodos de cumprimento da cota. A Tabela 2 evidencia que no ano de 1996, na Microrregião de Januária, por exemplo, o percentual de registro de candidatura femininas foi de 17% (abaixo do piso de 20% exigível para aquelas eleições) e se elegeram 17 candidatas. Por outro lado, vê-se na Tabela 3, que nessa mesma microrregião, em 2012, o percentual de registro de candidaturas femininas foi de 31%, mas o número de vereadoras eleitas foi 10.

Tabela 2 - Agrupamento de dados do cumprimento da cota de gênero por microrregiões - 1996 a 2008

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
1	JANUÁRIA	1996	610	122	17	156	17	10
		2000	752	130	15	155	17	10
		2004	842	140	14	129	16	11
		2008	705	139	16	134	12	8
2	JANAÚBA	1996	464	90	16	132	13	9
		2000	552	110	17	129	16	11
		2004	467	103	18	104	14	12
		2008	449	119	21	107	11	9
3	SALINAS	1996	472	98	17	155	22	12
		2000	658	126	18	159	19	11
		2004	650	145	18	142	20	12
		2008	594	122	17	138	15	10
4	PIRAPORA	1996	718	148	17	101	8	7
		2000	721	161	18	97	11	10
		2004	542	149	22	85	6	7
		2008	500	111	18	81	10	11
5	MONTES CLAROS	1996	1099	193	15	217	22	9
		2000	1235	209	14	213	26	11
		2004	1109	227	17	189	15	7
		2008	1126	252	18	185	19	9
6	GRÃO MOGOL	1996	151	29	16	54	2	4
		2000	194	34	15	48	8	14
		2004	201	30	13	49	5	9
		2008	220	43	16	49	5	9

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
7	BOCAIUVA	1996	199	30	13	45	6	12
		2000	263	35	12	49	2	4
		2004	227	41	15	39	6	13
		2008	248	52	17	42	3	7
	TOTAIS		15968	3188	17	3183	346	10

Fonte: Santos, 2022.

Especificamente, a Tabela 2 notabiliza que nas eleições municipais ocorridas de 1996 a 2008 foram registradas 15.968 candidaturas masculinas, para um total de 3.188 candidaturas femininas, nos municípios do Norte de Minas. Nessas mesmas eleições, elegeram-se 3.183 vereadores e 346 vereadoras. Ou seja, o índice de sucesso das mulheres nas urnas foi de, aproximadamente, 10% das vagas disputadas para as câmaras municipais dessa mesorregião.

Tabela 3 - Agrupamento de dados referentes ao cumprimento da cota de gênero por microrregiões – 2012 a2020

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
1	JANUÁRIA	2012	710	324	31	141	10	7
		2016	782	428	35	146	12	8
		2020	854	455	35	142	18	11
2	JANAÚBA	2012	555	266	32	123	14	10
		2016	597	281	32	130	7	5
		2020	641	337	34	120	17	12
3	SALINAS	2012	546	268	32	134	13	9
		2016	626	305	33	147	18	11
		2020	681	359	35	142	25	15
4	PIRAPORA	2012	630	301	32	91	11	11
		2016	615	308	33	92	10	10
		2020	711	378	35	89	13	13
5	MONTES CLAROS	2012	1257	588	32	200	24	11
		2016	1259	625	33	206	18	8
		2020	1422	724	34	204	20	9

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
6	GRÃO MOGOL	2012	175	87	33	50	6	11
		2016	240	121	34	51	5	9
		2020	230	130	36	50	8	14
9	BOCAIUVA	2012	245	122	33	46	3	6
		2016	341	169	33	44	5	10
		2020	305	163	35	45	4	8
	TOTAIS		13422	6739	33	2393	261	10

Fonte: Santos, 2022.

Quanto ao período de 2012 a 2020, a Tabela 3 informa que foram registradas 13.422 candidaturas masculinas e 6.739 candidaturas femininas. Nesse mesmo período, foram eleitos 2.392 vereadores e 261 vereadoras. Observa-se, destarte, que tanto no período em que o descumprimento da política afirmativa foi generalizado (1996/2008) quanto no período em que a cota foi cumprida (2012/2020), o índice de êxito das candidaturas femininas foi de, aproximadamente, 10% das vagas disputadas para as câmaras municipais no Norte de Minas.

Os dados quantitativos apresentados nesta pesquisa realçam o descolamento entre o cumprimento da cota de gênero e o total de candidatas eleitas. A partir dessa informação, cogita-se que outras variáveis moderadoras, tais como o agir estratégico dos partidos políticos e o perfil sociodemográfico das candidatas, atuam também de forma positiva ou negativa para que elas venham a ser eleitas. Vale dizer que o mero cumprimento da cota de gênero, nos patamares atuais, com o registro de candidatas pouco ou nada competitivas, não é eficaz como medida de incremento no número de candidatas eleitas e opera apenas no nível simbólico da legislação.

Sobre a eficácia meramente simbólica da lei, Marcelo Neves (1994) explica que isso ocorre quando o significado específico do ato de produção e do texto legal produzido revelam que o sentido político de ambos prevalece sobre o aparente sentido normativo-jurídico. “A referência deôntico-jurídica de ação do texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica” (Neves, 1994, p. 32). Na perspectiva de legislação simbólica de que trata Neves (1994), no que toca especificamente à política de reserva de vagas para registro das candidaturas femininas:

o legislador (o Estado) busca passar a impressão de satisfazer expectativas da população ou de um segmento da sociedade (no caso, as mulheres), sem o efetivo compromisso com a eficácia da lei criada. As mulheres ficam com a impressão de que tiveram suas demandas atendidas e os partidos políticos não se sentem incomodados, pois os limites estabelecidos tanto na cota de gênero, quanto no total de candidaturas passíveis de registro, permitem que continuem priorizando as candidaturas masculinas (Santos, 2022, p. 231).

Cabe observar, entretanto, que houve, no geral, um incremento no número global de vereadoras no pleito de 2020, em relação à eleição de 2016. É o que mostram as Tabelas 4 e 5.

**Tabela 4 - Cumprimento da cota de gênero e resultado das
Eleições Municipais de 2016 no Norte de Minas**

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
1	JANUÁRIA	2016	782	428	35	146	12	8
2	JANAÚBA	2016	597	281	32	130	7	5
3	SALINAS	2016	626	305	33	147	18	11
4	PIRAPORA	2016	615	308	33	92	10	10
5	MONTES CLAROS	2016	1259	625	33	206	18	8
6	GRÃO MOGOL	2016	240	121	34	51	5	9
7	BOCAIUVA	2016	341	169	33	44	5	10
	TOTAIS		4220	216	33	765	70	8

Fonte: Santos, 2022.

**Tabela 5 - Cumprimento da cota de gênero e resultado
das Eleições Municipais de 2020 no Norte de Minas**

ORDEM	MICRORREGIÃO	ANO DA ELEIÇÃO	CANDIDATOS REGISTRADOS	CANDIDATAS REGISTRADAS	% DE REGISTROS / COTA DE GÊNERO	NÚMERO DE CANDIDATOS ELEITOS	NÚMERO DE CANDIDATAS ELEITAS	% ELEITAS EM RELAÇÃO ÀS VAGAS
1	JANUÁRIA	2020	854	455	35	142	18	11
2	JANAÚBA	2020	641	337	34	120	17	12
3	SALINAS	2020	681	359	35	142	25	15
4	PIRAPORA	2020	711	378	35	89	13	13
5	MONTES CLAROS	2020	1422	724	34	204	20	9
6	GRÃO MOGOL	2020	230	130	36	50	8	14
7	BOCAIUVA	2020	305	163	35	45	4	8
	TOTAIS		4844	2546	34	792	105	12

Fonte: Santos, 2022.

Deve-se observar também que nas eleições de 2016 o percentual de cumprimento da cota de gênero no registro de candidaturas foi de 33% (um pouco acima do piso de 30%). Os resultados da eleição totalizaram 765 candidatos eleitos e 70 candidatas eleitas (8% de êxito, para as candidaturas femininas).

Por outro lado, nas eleições de 2020, o percentual de cumprimento da cota de gênero foi de 34% - apenas 1 ponto percentual a mais que o índice de registro de mulheres em 2016. Nas

eleições de 2020, foram eleitos 792 candidatos e 105 candidatas; ou seja, as mulheres obtiveram o índice de, aproximadamente, 12% de êxito em relação às vagas disputadas. Assim, dada a pequena variação no cumprimento da cota de gênero numa e noutra eleição, não se pode dizer, a princípio, que o resultado obtido em 2020 decorreu necessariamente do cumprimento da cota de gênero. Cogita-se, com efeito, a possível influência de outras variáveis moderadoras no pleito de 2020.

Sabe-se que a eleição de 2020 foi a primeira em que os recursos públicos financiadores de campanhas (Fundo Especial de Financiamento de Campanha - FEFC e Fundo Partidário) deveriam ser aplicados na mesma proporção das candidaturas masculinas e femininas efetivamente registradas. Também nessa eleição, deveria ser observada essa mesma proporcionalidade na distribuição da propaganda eleitoral gratuita. Estas medidas decorreram da intervenção do Poder Judiciário, que foi instado a manifestar quanto ao sentido e alcance da norma que estabelece a cota e das normas que disciplinam o financiamento das campanhas e a propaganda eleitoral.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, em 2018, o Supremo Tribunal Federal – STF, decidiu que era inconstitucional o dispositivo do artigo 9º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que fixava o percentual mínimo de 5% e máximo de 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das candidaturas femininas, de modo que os recursos do Fundo Partidário aplicados no financiamento das campanhas eleitorais deveriam observar a proporcionalidade de gênero das candidaturas, considerando-se os patamares de 30% e 70%, para cada sexo, conforme previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Brasil, 2018).

Ao regulamentar as eleições de 2019, o Tribunal Superior Eleitoral-TSE, no artigo 17, § 4º, da Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019/2019, estabeleceu que os partidos políticos deveriam destinar no mínimo 30% (trinta por cento) do montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para aplicação nas campanhas femininas (Brasil, 2019).

Contudo, os efeitos dessas medidas afirmativas referentes ao financiamento e à propaganda merecem uma análise mais ampla e aprofundada, após eleições futuras, a fim de que se comparem os resultados obtidos, de modo a verificar eventual presença ou ausência de correlação entre cumprimento da cota de gênero no registro, o financiamento e a realização da propaganda eleitoral gratuita, com o eventual incremento no número de candidatas eleitas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo constatou que a principal política afirmativa adotada no Brasil para a ampliação da presença feminina na composição dos parlamentos é a cota de gênero aplicada por ocasião dos registros de candidaturas. Inicialmente, a Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995 (Brasil, 1995) estabeleceu que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação, deveriam ser preenchidas por candidatas mulheres. Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), a reserva de vagas para o gênero feminino foi fixada no mínimo de 30% do total de candidaturas que poderiam ser registradas pelos partidos políticos e coligações (Brasil, 1997).

A pesquisa teve como foco a aplicação da cota de gênero nas eleições municipais ocorridas no Norte de Minas, desde a eleição de 1996, em que primeiro se aplicou essa política afirmativa, até a eleição municipal de 2020. Para isso, analisou-se a evolução da série histórica do número de candidatas e candidatos registrados, bem como o percentual de cumprimento da cota de gênero e o número de vereadoras e de vereadores eleitos nas microrregiões que integram o Norte de Minas.

A análise dos dados levantados e apresentados demonstra que foi prática comum dos partidos políticos e coligações registrarem candidatas em percentual inferior à cota de gênero, até a eleição de 2008. Uma possível explicação para esse fenômeno está no fato de que havia, segundo Gomes (2016), a interpretação no sentido de que o § 3º, do artigo 10, da Lei das Eleições, estabelecia que os partidos deveriam reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Assim, bastaria que essas vagas fossem reservadas, sem necessariamente preenchê-las. Foi preciso que o legislador, em 2009, alterasse a redação desse dispositivo e fizesse constar que para o cálculo dos percentuais de 30% e 70% cada partido deveria preencher os percentuais destinados a cada sexo. Assim, somente a partir das eleições municipais de 2012 os partidos começaram a cumprir, ao menos do ponto de vista formal, a cota de gênero nos registros de candidaturas para as câmaras municipais do Norte de Minas.

Constatou-se também que em nenhuma das microrregiões que integram o Norte de Minas houve correlação entre o preenchimento da cota de gênero e a quantidade de vereadoras eleitas. Isso permite inferir que o registro de candidatas por si só não garante a eleição, se essas candidatas não forem competitivas. À vista da falta de correlação entre o preenchimento da cota de gênero e a quantidade de vereadoras eleitas, cogita-se a incidência de outras variáveis moderadoras, tais como o estado civil, a profissão, o nível de escolaridade e o capital político prévio (Santos, 2022). Entretanto, tendo sido delimitada esta pesquisa à análise do cumprimento da cota de gênero e sua eficácia no fomento à eleição de vereadoras, a presença e a influência de outras variáveis moderadoras deverão ser melhor estudadas e aprofundadas em pesquisas futuras.

Há indícios, com os resultados da eleição de 2020, de que a ampliação dos recursos de financiamento e tempo de propaganda das candidaturas femininas na mesma proporção de cumprimento da cota de gênero possa ter produzido resultados positivos, haja vista que essa foi a eleição em que as mulheres, considerando a mesorregião como um todo, obtiveram o melhor desempenho eleitoral. Contudo, a eficácia dessas medidas deverão ser objeto de estudos comparativos futuros, que analisem a eventual existência de correlação entre ampliação das políticas afirmativas de gênero e o resultado das eleições proporcionais nos municípios.

A partir da análise feita neste estudo pode-se afirmar que, da maneira como foi aplicada durante o período analisado, a cota de gênero que reserva vagas de registros de candidaturas às mulheres não foi eficaz como política de fomento. Corroboram estas conclusões os resultados verificados nas eleições municipais que aconteceram de 1996 a 2020, nas quais houve grande desproporção não apenas na quantidade de candidatos e candidatas registradas, mas também entre o número de vereadoras e vereadores eleitos. Durante todo o período analisado ocorreu evidente sub-representação das mulheres nas câmaras municipais, com evidente déficit de legitimidade da representação política, sob o paradigma do Estado democrático de direito.

A falta de correlação entre o número de candidatas registradas e o número de vereadoras eleitas, conforme analisado e discutido neste artigo, demonstra a negligência com que os partidos políticos tratam a inclusão das mulheres na esfera pública política. Porém, ao contrário do que ocorre em relação às mulheres, não há evidência de dificuldade no recrutamento de candidaturas masculinas competitivas. Esta conclusão está amparada na discrepância entre o número de candidatos registrados e o número de candidatas, bem como nos resultados obtidos nos pleitos, em que a dissimetria das eleitas em relação aos eleitos é maior ainda do que a dissimetria entre as candidaturas masculinas e femininas registradas.

Como sugestão para ampliação do debate acerca da eficácia da cota de gênero, defendem-se pelo menos dois caminhos a serem seguidos: a fixação de cota de vagas para as mulheres nos parlamentos, ou a ampliação da cota de gênero para percentuais proporcionais à participação feminina no eleitorado. Isso, sem prejuízos da discussão acerca de qual seria o melhor sistema eleitoral para implantação das políticas afirmativas de inclusão das mulheres, considerando as particularidades do Brasil e a diversidade de suas regiões geográficas e demográficas. O que não se deve é insistir na aplicação deficiente da cota de gênero tal como tem ocorrido, sem que se pensem alternativas que produzam efeitos para além da legislação simbólica que se tem observado.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE MUNICÍPIOS. *Caracterização econômica das regiões de planejamento* [2014]. Disponível em: <https://portalamm.org.br/caracterizacao-economica-das-regioes-de-planejamento/>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE MUNICÍPIOS. *IBGE divulga dados dos municípios de Minas Gerais* [2019]. Disponível em: <https://portalamm.org.br/ibge-divulga-dados-dos-municipios-de-minas-gerais/>. Acesso em: 5 dez. 2021.

BAREIRO, Line; GARCÍA, Isabel Torres. El camino hacia la paridade: evaluación de las cuotas de participación política de las mujeres en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, n. 7, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3654973>. Acesso em: 6 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995*. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.100%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20a%20realiza%C3%A7%C3%A3o,Art. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres. *Notícias STF*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições. *Estatísticas*. DF: TSE, [2021]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2019]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em 25 out. 2021.

CEFEMEA – CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. *Número de mulheres eleitas se mantém estável* [2000]. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/index.php/colecao-femea-e-publicacoes/colecao-femea/75-numero-093-outubro-de-2000/567-numero-de-mulheres-eleitas-se-mantem-estavel>. Acesso em: 26 nov. 2021.

CPDOC – CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL. *O Brasil de JK: a criação da Sudene*, [2021]. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/artigos/Economia/Sudene>. Acesso em: 8 dez. 2021.

COELHO, Jakson Dantas. Demografia e panorama social. *Perfil socioeconômico do Norte de Minas Gerais*. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2016.

COSTA, João Batista de Almeida. A sociedade de curral: desenvolvimento social pelas figurações sociais, pelo habitus e pela organização do Estado no Norte de Minas. *Argumentos*, v. 16, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.unimontes.br/index.php/argumentos/article/view/216/252>. Acesso em: 8 dez. 2021.

COSTA, João Batista de Almeida. *Norte de Minas: cultura catrumana, suas gentes, razão liminar*. Montes Claros: Editora Unimontes, 2021. *E-book*.

CUNHA, Maria das Graças Campolina. *Gameleira, Sertão Norte de Minas Gerais: um olhar feminino sobre o feminino camponês*. 2013. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/15959/1/MariaGracas.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

FERES, Anaximandro Lourenço Azevedo. *Participação popular como instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito: a gestão orçamentária participativa*. 2008. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FeresAL_1.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigação sobre uma categoria da da sociedade burguesa*. Tradução: Dnilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Mesorregiões e Microrregiões Geográficas*. v. 1. Rio de Janeiro: IBGE, 1990. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv2269_1.pdf. Acesso em: 5 dez. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Geografia. *Regiões de influência das cidades*: 2018. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101728>. Acesso em: 21 jan. 2022.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisas*. 2021. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/pesquisas>. Acesso em: 3 dez. 2021.

INSTITUTO UPDATE. *Eleitas: mulheres na política*. São Paulo: Instituto Update, 2020. Disponível em: https://www.institutoupdate.org.br/eleitas/?gclid=CjwKCAiAqIKNBhAIEiwAu_ZLDnSRYohiE_rt18MPNbZmtJC2wtUBmXYzhthb8E9uukCUfI0I13BfAoxoCHUAQAvD_BwE. Acesso em: 26 nov. 2021.

MAIA, Cláudia; SOUTO, Bárbara Figueiredo. Maria, Maria: histórias de vida de mulheres no sertão do São Francisco (MG). *Outros Tempos: Pesquisa em Foco - História*, [S. l.], v. 17, n. 29, p. 138–158, 2020. DOI: 10.18817/ot.v17i29.763. Disponível em: https://www.outrostempos.uema.br/index.php/outros_tempos_uema/article/view/763. Acesso em: 12 dez. 2021.

MINAS GERAIS. *Regiões de planejamento* [2021a]. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/conteudo/conheca-minas/geografia/regioes-de-planejamento>. Acesso em: 5 dez. 2021.

MINAS GERAIS. Minas Invest. *Informações demográficas* [2021b]. Disponível em: <https://www.indi.mg.gov.br/>. Acesso em: 23 dez. 2021.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. *E-book*.

PEREIRA, Laurindo Mékie. *Em nome da região, a serviço do capital: o regionalismo político norte-mineiro*. Tese (Doutorado em História) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/uploads/Banco%20de%20Teses/Em%20nome%20da%20regi%C3%A3o,%20a%20servi%C3%A7o%20do%20capital:%20o%20regionalismo%20pol%C3%ADtico%20norte-mineiro.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2021.

PEREIRA, Anete Marília; SOARES, Beatriz Ribeiro. Montes Claros e sua região: novas espacialidades, velhos problemas. In: ENCONTRO DE GEÓGRAFOS DA AMÉRICA LATINA, 10., 2005, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal10/Geografiasocioeconomica/Geografiaregional/23.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2021.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 12, n. 1, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/10400/5817>. Acesso em: 27 nov. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree; CALEFFI, Renata. Participação da mulher: propostas para aumentar participação feminina na política brasileira. *Conjur*, 2 de maio de 2015 [recurso on-line]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-02/propostas-aumentar-participacao-feminina-politica#author>. Acesso em: 10 abr. 2022.

SANTOS, Maxwel Gomes dos. *Direito, igualdade e representação política: análise da sub-representação feminina nas câmaras municipais do Norte de Minas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Belo Horizonte, 2022.

SANTOS, Maxwel Gomes dos; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná. Estado Democrático de Direito e sub-representação feminina nas Câmaras Municipais: um estudo nos municípios que integram a 244ª Zona Eleitoral de Minas Gerais. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 3., 2021, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/19i1hrk5/9pswY29Os17FyNJK.pdf>. Acesso em: 1 set. 2021.

SCHÜTZ, Alfred. *A construção significativa do mundo social: uma introdução à sociologia compreensiva*. Tradução Tomas da Costa. Petrópolis/RJ: Vozes, 2018. E-book.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Junia de Souza. Índice relativo de qualidade de vida a Região Geográfica Intermediária do Norte de Minas Gerais/MG. *Revista Verde Grande: Geografia e Interdisciplinaridade*, [S. l.], v. 2, n. 01, p. 98–119, 2020. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/verdegrande/article/view/1557>. Acesso em: 16 jan. 2022.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, p. 323-348, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2041/1906>. Acesso em: 9 abr. 2022.

TEIXEIRA, Marcella Barbosa Miranda; SANTOS, Carolina Maria Mota. Mulheres na Política: Desafios e Perspectivas. *Revista de Administração IMED*, Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 178-197, dez. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/raimed/article/view/3817>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/09/2022
- Avaliação 1: 18/09/2022
- Avaliação 2: 29/04/2024
- Decisão editorial preliminar: 29/04/2024
- Retorno rodada de correções: 11/05/2024
- Decisão editorial/aprovado: 25/05/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

REFLEXIVE FREEDOM AS A COMPARATIVE LAW ANALYSIS PARAMETER IN THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS OF BRAZIL AND SPAIN ON HOMESCHOOLING¹

POSIÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
DO BRASIL E DA ESPANHA NAS DECISÕES SOBRE O
HOMESCHOOLING: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

HUGO PAIVA BARBOSA²
WALESKA MARCY ROSA³

ABSTRACT

This work sought to carry out, from the functionalist method that seeks to find relationships in the analyzed phenomena according to their social manifestation and their function in it, a comparison between the decisions of the Brazilian and Spanish constitutional courts regarding the manifestations of the Fundamental Right to Freedom. In this sense, partial differences were found between the two judicial decisions, since both declared the practice of homeschooling unconstitutional, but there were differences regarding the flexibility of a possible practice of this educational modality in the future, with the Brazilian decision allowing the practice through a law that regulates home education, which was not in the Spanish decision. Thus, there was a restriction on the collective will and freedom in favor of the common interest, which is precisely the one brought in the present work in the development of the theoretical framework (Axel Honneth), which highlights a crisis in democratic constitutionalism and reinforces the need for reflection on the theme.

Keywords: comparative law; fundamental right to freedom; homeschooling; brazilian and spanish constitutional court; judicial decision.

- 1 This research was developed with the help of the funding agency FAPEMIG and CAPES, having been developed together with Human Rights Networks, under the coordination of professor Dr. Lucas de Alvarenja Gontijo linked to PUC Minas, being located in the research area Theory of Justice and Right.
- 2 Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora com foco em Direito Constitucional. Possui pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Brasileira de Direito. Realizou a graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Foi contemplado com um intercâmbio institucional com bolsa para a Argentina na universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires em 2019 concedida pela Universidade Federal de Juiz de Fora. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0465-7555>
- 3 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1994), mestrado em Direito (Direito Público) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000) e doutorado em Direito (Direito, Estado e Cidadania) pela Universidade Gama Filho - RJ (2007). É professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) - classe Associado II. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0316-2166>

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BARBOSA, Hugo Paiva; ROSA, Waleska Marcy. Reflexive freedom as a comparative law analysis parameter in the constitutional court decisions of Brazil and Spain on homeschooling. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 113-125, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9480>.

RESUMO

Esse trabalho buscou realizar, a partir do método funcionalista que procura encontrar relações nos fenômenos analisados de acordo com a sua manifestação social e a sua função nessa, uma comparação entre as decisões do tribunal constitucional brasileiro e espanhol com relação às manifestações do Direito Fundamental à Liberdade. Nesse sentido, encontrou-se diferenças parciais entre as duas decisões judiciais, já que ambas declararam inconstitucional a prática do homeschooling, porém houve diferenças com relação à flexibilidade de uma possível prática dessa modalidade educacional futuramente, tendo a decisão brasileira permitido a prática por meio de lei que regule a educação domiciliar, o que não houve na decisão espanhola. Assim, houve uma restrição à vontade coletiva e a liberdade em prol do interesse comum que é justamente àquela trazida no presente trabalho no desenvolvimento do marco teórico (Axel Honneth), o que evidencia uma crise no constitucionalismo democrático e reforça a necessidade de reflexão sobre a temática.

Palavras-chave: direito comparado; direito fundamental à liberdade; homeschooling; tribunal constitucional brasileiro e espanhol; decisão judicial

1. INTRODUCTION

The general objective of this research is to investigate the paradigmatic decisions of Brazil and Spain on homeschooling and to point out their main similarities and differences. The specific objectives are: To analyze the current situation in Brazil regarding the practice of homeschooling (1); Analyze the current situation in Spain regarding the practice of homeschooling (2); Analyze the decisions of the constitutional courts in Brazil and Spain on homeschooling (3); Gather data on the issue of the right to freedom in Axel Honneth (4); Produce inferences based on the analysis of the fundamental right to freedom according to the similarities and differences in the results of paradigmatic decisions on homeschooling between Brazil and Spain, having as scope the concept of freedom in Axel Honneth (5).

The hypotheses of the present work are allocated according to the research objective, in this sense, three possible hypotheses are configured: Brazil on homeschooling (1); There are no similarities in decision-making grounds regarding the fundamental right to freedom concerning the decision of the constitutional courts of Spain and Brazil on homeschooling (2); There are partial similarities in decision-making grounds regarding the fundamental right to freedom about the decision of the constitutional courts of Spain and Brazil on homeschooling (3).

For the development of the research, it is necessary to elaborate a problem question linked to the objectives and hypotheses. Thus, the problem question for the development of this research is: is the decision-making basis regarding the fundamental right to freedom of the paradigmatic decisions on homeschooling of the constitutional courts of Brazil and Spain similar?

The theoretical framework to be used to address the problem-question of this research will be Axel Honneth's concept of the right to freedom.

The methodology to be used in this research will be the comparative functionalist law. So:

[...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e

aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional. (David, 1986, p. 3) ⁴

The justification for the importance of the theme communicates with the features of Comparative Law, according to David (1986, p. 3). In this sense, a philosophical investigation of the fundamental right to freedom will be carried out in the decisions that will be analyzed in Brazil and Spain. In this sense, it will be possible to improve national law according to the understanding of a philosophical theme to be analyzed, establishing a greater principled connection following international parameters.

Furthermore, it is worth mentioning that no scientific production was found in Google Scholar on the comparison of constitutional court decisions regarding homeschooling and not even regarding the fundamental right to freedom involving decisions in Brazil and Spain.

This further justifies the present research, since it is necessary to visualize legal issues compared between these two countries to stimulate mutual cultural understanding between them. In addition, for the analysis of the case, it is important to say that the decision-making practice of the Brazilian Federal Supreme Court frequently uses the resource of comparative law to support its decisions, in addition to what is frequently used by constitutional judges from other countries (Cardoso, 2010, p. 478).

The communication between different Constitutions of different countries or even decision-making aspects of the constitutional courts can be an important tool to make the best decision for the specific case (Canotilho, 2003, p. 1214).

For the construction of the methodology raised here, the functionalist method of Comparative Law will be used (Zweigert *et al.*, 1998, p. 34). This method can be conceptualized as the intention of finding similar or different legal responses to similar social conflicts, even if they occur in different places around the globe (Dutra, 2016, p. 198). As homeschooling presents similar problems of conflicts between the public and the private around the world, there is the possibility that there is a functional equivalence between the decisions on home education of the Brazilian and Spanish constitutional courts regarding the fundamental right to freedom, which will be investigated throughout this article.

In this sense, the objects of the scientific content analysis proposed in this work will be: the decision of the Brazilian Supreme Court on homeschooling called Extraordinary Appeal nº 888.815 compared with the decision of the Spanish constitutional court said sentence 133/2010, of 2 de diciembre (BOE núm. 4, of January 5, 2011), both intended to attribute constitutional decisions on homeschooling (Brasil, 2018; Espanha, 2010)

2. HOMESCHOOLING IN BRAZIL

The practice of homeschooling in Brazil is deregulated by the Brazilian State. The Brazilian constitutional court declared the unconstitutionality of the practice of homeschooling in 2018

4 Our translation: [...] the advantages that comparative law offers can, succinctly, be placed in three planes. Comparative law is useful in historical or philosophical investigations concerning law; it is useful to know better and improve our national law; It is finally useful for understanding foreign peoples and establishing a better regime for international life relations.

without a law that regulates it. So far, no laws have been approved that regulate this type of educational choice. Even so, according to the Brazilian Association of Home Education (ANED) (2021), there are 35,000 Brazilian families and 70,000 students aged 4 to 17 practicing this educational modality. ANED (2021) also demonstrates that there is an average growth rate in the practice of home education of 55% per year in Brazil.

The fact is that, even though the Brazilian constitutional court has understood that the practice of homeschooling is per constitutional principles, this type of education cannot be practiced without the law that regulates it (Santos, 2019, p. 19). Thus, the 35 thousand families that practice homeschooling currently practice it illegally.

In the scientific field, Brazilian productions on homeschooling are much more in the area of legal studies than education. This has a great impact in countries where homeschooling has not been regulated, as is the case in Brazil, which highlights the emerging scenario of this type of education in the country (Evangelista, 2017, p. 63). Also, it is worth mentioning that the use of bibliographic references in Brazilian academic works is very similar, which shows that there is not a vast production on the subject in the country (Silva, 2019, p. 33).

Furthermore, one of the principles that govern the Brazilian Democratic State of Law is the principle of freedom. However, the freedom of choice of the educational type to be applied by parents to their children has not yet been recognized in Brazil (Kloh, 2014, p. 16).

It is essential to highlight an important empirical research conducted regarding the Brazilian judiciary's decision on homeschooling, as found in Barbosa (2023) master's thesis. This research involved a meticulous content analysis of the ruling issued in the landmark decision on homeschooling. The study demonstrated that, despite the conflicts of principles present in the judicial process, the STF's decision on homeschooling failed to adequately weigh the right asserted by the petitioner. Consequently, the decision did not thoroughly examine the fundamental right to freedom of teaching and learning in relation to the fundamental right to education, revealing a significant issue in the handling of this matter.

It is also necessary to mention what different authors in the legal field say about homeschooling in Brazil. Gandra (2019) argues that the Brazilian Constitution guarantees parents the right to freedom of teaching, allowing them to choose how their children are educated, viewing homeschooling as an expression of this fundamental right, which is closely tied to the families' philosophical, religious, and moral convictions. He emphasizes that parents have the right to decide on their children's education and are responsible for ensuring that it is conducted adequately. Homeschooling, he asserts, can be a legitimate choice if it is done within legal parameters and aims to provide quality education.

Although he acknowledges the State's role in education, Gandra (2019) contends that this does not exclude the parents' right to educate their children at home, suggesting that the State should respect this choice, provided that minimum educational requirements are met. He points out that for homeschooling to be fully recognized, specific regulations are necessary to establish clear criteria, ensuring that children receive an education equivalent to that offered in traditional schools. This regulation should safeguard both the parents' freedom and the children's right to education.

Gandra (2019) ultimately argues that homeschooling is not unconstitutional and, when properly regulated, can coexist with the State's educational obligations, affirming that the Con-

stitution does not prohibit home education and that parents should have the right to choose this modality, especially when seeking education aligned with their values and convictions.

It is also valid to present a position opposed to homeschooling within the normative structure of Brazil. Streck (2010) addresses the topic of homeschooling within a broader discussion on constitutional interpretation and the role of the Judiciary. Streck (2010) criticizes homeschooling by arguing that the Brazilian Federal Constitution prioritizes formal education, ensuring children's right to an education that is both inclusive and socializing. He contends that homeschooling may undermine these objectives by isolating children from a collective learning environment, which is essential for their holistic development and the formation of citizens in a democratic society.

In this sense, it is concluded that Brazil is still an emerging country, both politically and scientifically, concerning discussions on homeschooling. There is still a great conflict between public and private interests, which is evidenced by the conflict between parents' freedom of choice regarding the application of educational types other than schooling, between the principle of the best interest of children and adolescents, emphasizing the possibility of the parents' choice not being the best choice for their children and between the democratic constitutional project of a nation for the formation of citizens aware of their collective roles in society. Thus, dialogues on the subject are necessary so that it is possible to broaden the understanding of the subject in Brazil.

3. HOMESCHOOLING IN SPAIN

In Spain, as well as in Brazil, there is no legislative provision on homeschooling. However, this did not prevent practitioners of this modality from emerging, which led to a discussion by the constitutional court on the subject in 2010 (Estarellas, 2011, p. 59-65).

In 2015, a survey was carried out that identified 2000 to 4000 families that practiced homeschooling in Spain (Such, 2015). However, this estimate does not have accurate records of homeschooling practitioners, given the difficulty in identifying families due to the illegality of the practice in the country (Maestre, 2016, p. 29).

For this reason, it is necessary to guide the following issues addressed in the Spanish scientific field:

la libertad de enseñanza operaría como fundamento de la regulación legal del homeschooling, mientras que el derecho a la educación del menor, entendiendo como tal el que se ha descrito en el epígrafe anterior, operaría a la vez como objetivo y como límite a esa manifestación de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos que es la educación en casa (Estarellas, 2011, p. 83).⁵

5 Our translation: the freedom of teaching would operate as the foundation of the legal regulation of homeschooling, whereas the right to the education of minors, understanding as such what has been described in the previous epigraph, would operate at the same time as an objective and as a limit to this manifestation of the freedom of teaching and the right of the parents to decide the type of education of their children that is home education (Estarellas, 2011, p. 83).

In this sense, the spaces for different interpretations, different from those developed by the Spanish Constitutional Court in 2010, are remarkable. Following this direction, there is a growing investigation into homeschooling, mainly about educational innovation, and sometimes there may be hybridization with the conventional school (Sotés-Elizalde; Urpí-Guercia; Molinos, 2012, p. 69).

Thus, points out Sanchez (2012, p. 200):

El Tribunal Constitucional circunscribe la libertad de enseñanza y el pluralismo educativo a la elección por los padres de un puesto escolar dentro del sistema educativo, público o privado, y no contempla otras posibles manifestaciones del pluralismo, como es la educación en casa.⁶

As it could be identified, the Spanish Constitutional Court did not authorize the practice of homeschooling in the country, not having contemplated manifestations of pluralism except within the school system, whether public or private.

Pérez Maestre (2016, p. 28) states that the situation of homeschooling in Spanish legislation is confusing, as there is no explanation as to whether or not it is legal. For this reason, discussion on the subject by the Spanish legislative power is necessary, opening possibilities for expansion on the subject (Carballo *et al.*, 2021, p. 11).

It is important to point out that most of the research found on homeschooling in the scientific field of Spanish production addresses legal issues, affirming the phenomena described in the previous subtitle in the sense that, in countries with emerging homeschooling regulation, there are usually many productions on the legal theme in the sense of finding points of discussion seeking the attempt of positivation or not of the regulation of the modality.

Even so, the truth is that Spain, like Brazil, still does not have in-depth manifestations on the issue of homeschooling. In this way, debates on the issue remain open, with a gap concerning practitioners of the home education modality in Spain, which leaves them illegal.

4. RIGHT TO FREEDOM IN AXEL HONNETH

As a theoretical framework for the analysis of the right to freedom, the author Axel Honneth proves to be a plausible choice since he systematically works on the Right to Freedom. In this sense, for Honneth (2017, p. 141-144), in exercising the right to freedom, the individual can choose a position privately, with the State bound to protect this choice. It is, therefore, a right duty, since while the individual has the right to manifest his action, the State must protect this right. In this sense, for a right to exist, the factual reality must allow its manifestation. Therefore, the manifestation of the right to freedom in Axel Honneth must be based on a collective idea of freedom (always aiming at the common good), which would limit personal freedoms to a certain extent.

6 Our translation: The Constitutional Court circumscribes the freedom of teaching and educational pluralism to the election by the parents of a school post within the educational system, public or private, and does not contemplate other possible manifestations of pluralism, such as home education.

Therefore, the right to freedom must be manifested because of obligations of reciprocal actions in a complementary way between the entities of the society. Thus, the appropriate condition could be reached for society to manifest its fundamental rights to freedom legitimately (Honneth, 2017. p. 232).

The State's duty must be to enable the exercise of freedoms, taking into account the collective interests, which is called reflexive freedom. Thus, the State would have a fundamental role, through the manifestation of its reflexive freedom, in the legitimation of freedom as a right, since this is a condition for the practical implementation of this fundamental right (Honneth, 2017, p. 80-84).

Thus, according to Honneth (2017), personal freedoms cannot override social freedoms, and there must be an intimate and systemic communication between the two manifestations of freedom, and there must be an *ethos* based on solidarity and eudaimonia.

The theory of recognition is a necessary parameter for reading the right to freedom since the individual's self-recognition takes place according to his interactions with the community. Still, the struggle for recognition takes place not only with individuals but also with social groups. The struggle for their freedoms and rights in institutions and also in culture reflects the struggle for recognition of these groups. Thus, recognition will allow the possibility of institutional transformations that guarantee the right to freedom to be, to express, and to modify phenomena with practical actions (Honneth, 2009, p. 156).

The analysis of the conceptual similarities regarding the fundamental right to freedom in the decisions on the practice of homeschooling by the Brazilian and Spanish constitutional courts will be done with a view to the context and the philosophical reflections made by Axel Honneth and brought, not with exhaustive pretensions, but to allow the objective of the present work to be developed.

5. ANALYSIS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM IN PARADIGMATIC DECISIONS ON HOMESCHOOLING IN BRAZILIAN AND SPANISH CONSTITUTIONAL COURTS

As the approach method, Peirce (1931-1958) semiotic phenomenology was used. Peirce's phenomenological theory, centered on the concepts of Firstness, Secondness, and Thirdness, provides a robust theoretical framework for understanding how humans perceive and interpret phenomena. Firstness refers to the direct and immediate experience, unmediated by anything else, capturing the raw essence of phenomena. Secondness deals with the experience of resistance and opposition, where phenomena are perceived as realities that interact directly with us. Finally, Thirdness encompasses the mediated interpretation of phenomena, where the human mind organizes and symbolizes lived experiences, applying patterns and generalizations. This tripartite approach is valuable for investigating phenomena in scientific studies because it allows for an analysis that spans from immediate sensory perception to the construction of more complex meanings.

The choice of Peirce (1931-1958) phenomenology as a methodological approach is justified by its ability to provide a complete and detailed analysis of phenomena, considering both their immediate sensory qualities and their symbolic and interpretative implications. The application of this methodology in scientific studies enables a more holistic understanding of phenomena, covering everything from initial perception to the construction of complex meanings. This approach is particularly useful in research areas where both the concrete and abstract aspects of phenomena need to be considered, such as in studies of human behavior, communication, or psychology. By utilizing Peirce (1931-1958) theory, researchers can ensure that all dimensions of phenomena are explored, resulting in a more robust and comprehensive analysis.

In practice, the implementation of a methodology based on Peirce (1931-1958) semiotics involves combining different methods of data collection and analysis aligned with the three modes of perception. Initially, methods such as direct observation and qualitative analysis will be used to capture the Firstness of phenomena. Next, Secondness will be explored through experiments or case studies, where the direct interactions between subjects and phenomena are observed and recorded. Finally, Thirdness will be addressed through content analysis or theoretical modeling, where the collected data will be interpreted and integrated into a broader theoretical framework. This integrated approach allows for phenomena to be examined exhaustively, ensuring that all their dimensions are considered in the analysis.

The approach method was applied by utilizing the procedural method and this method adopted for this study was content analysis. Krippendorff (2018) is a central figure in the development of content analysis methodology, a research technique widely used across various disciplines such as communication, sociology, political science, and law. According to Krippendorff (2018), content analysis aims to interpret and infer meanings from textual data, whether written, verbal, or visual. This process involves several critical steps that ensure the depth and accuracy of the analysis.

The first step involves defining the research problem. Krippendorff (2018) emphasizes the importance of formulating a clear and specific research question that guides the entire analytical process. Clarity in the research problem allows for focused analysis efforts and precise definition of the study's objectives. In this context, the research question for the present article is: what are the consequences of judicial decisions by courts in Brazil and Spain concerning reflective freedom?

Next, it is necessary to define the units of analysis. Krippendorff (2018) suggests that these units can range from words and phrases to themes or other segments of text. The choice of units of analysis is crucial because they are the central elements to be coded and subsequently analyzed. The chosen unit of analysis was the right to freedom as reflected in landmark constitutional decisions on homeschooling in Brazil and Spain. A semantic analysis of this unit of analysis was conducted to enable coding, the description of which can be found in Barbosa e Rosa (2023).

After coding, the phase of inference and interpretation is fundamental. According to Krippendorff (2018), content analysis should go beyond mere quantitative descriptions, such as word counts, to infer deeper meanings, identify underlying patterns, and explore the implications of the analyzed content. These inferences should be grounded in appropriate theories and context. Thus, the inferences from the analyses are presented to demonstrate, finally, the

conclusion reached in this article. But before that, it is essential to discuss the application of content analysis in legal research.

Barbosa e Rosa (2023) offers an in-depth reflection on the use of content analysis as a method for empirical research in the legal field. Barbosa e Rosa (2023) discusses the epistemological foundations of content analysis, highlighting its importance in investigating complex legal phenomena. They argue that content analysis allows for a more detailed understanding of legal texts, judicial decisions, and other legal documents, helping to identify patterns, themes, and discursive structures that are not immediately evident.

The article also explores the different stages of the content analysis process, including data coding, information categorization, and result interpretation. Barbosa e Rosa (2023) emphasizes the need for a rigorous and systematic approach to ensure the validity and reliability of the obtained results.

Furthermore, Barbosa e Rosa (2023) applies these theoretical considerations to specific empirical studies in the field of law, demonstrating how content analysis can be used to investigate complex legal issues, such as judicial interpretation and the application of legal norms.

With the methodologies outlined in this article, we now move on to the inferences. Regarding the decision on the constitutionality of the practice of homeschooling, the Brazilian State, represented by the Federal Supreme Court, decided in 2018, in Extraordinary Appeal (RE) nº 888.815 the following points:

- First, it concluded that education is a fundamental right that qualifies the community as a whole, developing its citizenship based on enlightenment, politicization, and development. In addition, it dignifies the individual because it makes him the holder of a fundamental subjective right and fulfills the principle of human dignity.
- It also concluded that it is a priority duty of the family to ensure the education of children, adolescents, and young people. To this end, the Brazilian Constitution established the duty of the family and the State to be solidary so that there is adequate educational training for children, adolescents, and young people. This would respect the educational purpose for Brazil to reach better educational parameters.
- The Brazilian Constitution does not prohibit the practice of homeschooling, however, any of its hypotheses that do not respect the duty of solidarity between the State and the family will be unconstitutional.
- The practice of homeschooling is not a subjective public right of the family or the student. This means that, from the creation of a federal law, the legislative power, as long as it respects the solidarity between the State and the family and other constitutional principles related to the right to education, will be able to enact a law that regulates the practice of homeschooling.
- In this sense, the Brazilian constitutional court declared unconstitutional the practice of homeschooling without a law that regulates it according to the parameters provided for in the constitution.

Before moving on to the analysis itself, it is also exposed what the Spanish State decided, through the Spanish Constitutional Court, in judgment nº 133 of 2010, on the subject of the possibility of practicing homeschooling:

- The practice of homeschooling must meet requirements that are not met in practice, namely: following the purpose of human development, ensuring that the contents provided by the State are taught since it is the public power, based on constitutional principles, who approves and supervises the educational system.
- The Spanish infra-constitutional legislation, as well as the Spanish Constitution, say that basic education is mandatory, free, and must complete 10 years of schooling, ranging from 6 to 16 years, according to art. 27.4 of the Spanish Constitution.
- Article 27 of the Spanish Constitution, which provides for constitutional freedoms, does not mention the freedom of parents to choose a type of education outside the modality offered by the Spanish State. Thus, they argue that this freedom is not located in the freedom of teaching, since parents have the right to complement official teaching outside of school hours. In the same sense, the freedom to choose to homeschool is not allocated to everyone's right to education, since the reasons alleged by the appellants were pedagogical and not religious or moral, as provided for in art. 27.3 of the Spanish Constitution.
- It argues that the Spanish legislative power created an infra-constitutional law, exercising political pluralism, which defines an educational system designed with mandatory schooling and that, art. 27 of the Spanish Constitution, prioritizes school education as a way of forming citizens since the objective of the Spanish educational system is to allow the free development of the individual personality about a democratic society that values fundamental freedoms.
- There is no prohibition by the Spanish Constitution regarding the choice by the legislator to create a law that configures school and compulsory education. Still, they say that the function of the Constitutional Court should not be confused with that of a legislator who enacts a law.
- They decided, therefore, that the practice of homeschooling is unconstitutional.

The decision of the Brazilian constitutional court demonstrated the concern that the right to freedom for the practice of homeschooling was manifested not only based on individual freedom, but also social freedom. This means that individual or small group manifestations cannot override collective interests, which are also represented by the legislator's freedom of choice. In this sense, the Brazilian State would have used its reflective freedom to the point of not recognizing, through its institutions, until now, the legality of the practice of homeschooling.

Thus, given the common good, the right to freedom, worked by the decision of the Brazilian constitutional court on home education, clearly defended the position that collective freedom is a limitation of individual freedom. Precisely for this reason, it decided that the practice of homeschooling is not unconstitutional, as long as the community, through the legislature, understands that it is necessary to regulate this modality following constitutional parameters.

Regarding the decision of the Spanish constitutional court, taking into account the reflective freedom of the State, there was a partial similarity with the decision of the Brazilian constitutional court. This is because the Spanish State did not recognize, through its institutions, the legality of the practice of homeschooling through laws, principles, and norms. In this sense, collective freedom stands out over individual and/or group freedoms since the legislative power exercises the function of representative of collectivity.

In the second point of analysis, it is pointed to a lack of reasoning based on empirical evidence on the part of the Spanish constitutional court. This one stated that the parameters of citizenship would not be sufficiently developed in homeschooling with a view to the constitutional principles of the Spanish nation, but at no time did it bring data that evidence this statement in its decision. Collective freedom should serve to limit individual freedom, but in its decision, the Spanish constitutional court did not limit individual freedom with its statement but suppressed it in an unfounded way. In this sense, there is no motivation for the suppression of individual freedom in this argument.

In the third point of the analysis of the right to freedom, the Spanish constitutional court decided to declare the practice of homeschooling unconstitutional. However, the only argument that justified his declaration intending to express the fundamental right to freedom is the reflective freedom of the State in creating laws. However, if the Spanish legislator decides to create a law that regulates homeschooling, there would also be an expression of reflective freedom, since there is no prohibition in the Spanish Constitution to create a law with this theme, an argument even used by the Spanish constitutional court to support the unique possibility of compulsory school education.

Thus, to express the right to freedom, having as a reference the limitation of individual freedom for the common good, it is concluded that the decision of the Brazilian and Spanish constitutional courts in their decisions on homeschooling is partially similar. They are similar concerning the reflective freedom of the respective States when, based on their institutions, they regulate compulsory school education, choosing not to regulate the practice of homeschooling. On the other hand, they are not similar since the Brazilian State decided, with the exercise of the judiciary power, for an expanded reflective freedom since, if there is a law that regulates homeschooling, the practice of this will be constitutional. On the contrary, the Spanish State only declared the practice of homeschooling unconstitutional. Such a perspective is limiting because of the right to freedom, since the legislature if it decides to create a law that regulates homeschooling, will be using its power to represent the people to establish norms that prioritize collective interests and not just mere individual freedoms, which affirms the collectivist perspective of the right to freedom. Thus, the position of the Spanish judiciary is reductionist precisely because the Spanish Constitution does not prohibit the creation of a law that regulates homeschooling, nor does it limit educational practice only to school education.

6. CONCLUSION

In the sense of the research developed here, one can observe the need to expand the dialogues on the practice of home education in Brazil and also in Spain, since these countries still have emerging perspectives on the practice of this educational modality. In this sense, a deeper understanding that gives legitimacy to political and social decisions is essential, which is why a discussion on the subject is necessary, mainly in a scientific way.

In addition, it was concluded that the decision according to the parameter of the fundamental right to freedom was partially similar in Brazil to Spain when evaluating the judgments of the constitutional courts on homeschooling in these respective countries. This is because

the Brazilian judiciary gave a greater extension regarding the possibility of practicing home-schooling, provided that there is participation between the State and the family and that it is regulated by law. The Spanish judiciary, on the other hand, limited freedom in order not to even allow future reflective freedom if a law is approved that regulates homeschooling, which restricts the collective will and freedom in favor of the common interest, which is precise that brought in the present work. in the development of the theoretical framework, which highlights a crisis in democratic constitutionalism and reinforces the need for reflection on the subject.

REFERENCES

ANED. *ED no Brasil*. ANED, 2021. Disponível em: <https://www.aned.org.br/index.php/conheca-educacao-domiciliar/ed-no-brasil>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BARBOSA, Hugo Paiva. *Homeschooling e direito à liberdade: uma análise da posição do Judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023.

BARBOSA, Hugo; ROSA, Waleska. Análise de conteúdo: Considerações epistemológicas e aplicações nas pesquisas empíricas em Direito. *Metodologias e Aprendizado*, v. 6, p. 543-560, 2023.

BRASIL. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei PL 3179/2012*. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 26 Ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 888.815-RS*. Recorrente: V D Representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de setembro de 2018.

CARBALLO, Noelia Mendoza et al. *Homeschooling, ¿la realidad del siglo XXI?*. 2021. Disponível em: <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24955>. Acesso em: 8 jul. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 469-492, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/mrBH6vqQdksL7LMtxHwSF6C/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 Ago. 2022.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

DUTRA, Deo Campos. Método (s) em direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 61, n. 3, p. 189-212, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>. Acesso em: 15 jul. 2022.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia 133/2010*, de 2 de diciembre. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=10041>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ESTARELLAS, Mª Valero. *Derechos educativos y homeschooling en España: situación actual y perspectivas de futuro*. 2011. Disponível em: https://eprints.ucm.es/id/eprint/15784/1/TFM_M_Jose_Valero.pdf. Acesso em: 1 jul. 2022

EVANGELISTA, Natália Sartori. *Educação Domiciliar e Desescolarização: mapeamento da literatura (2000-2016)*. 2017. 92 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Pedagogia) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: https://www.aned.org.br/images/TrabalhosAcademicos/Evangelista_NataliaSartori_TCC.pdf. Acesso em: 5 ago. 2022.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Martins Editora, 2017.

KLOH, Fabiana Ferreira Pimentel. *Homeschooling no Brasil: a legislação, os projetos de lei e as decisões judiciais*. 2014. 233 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1571856. Acesso em: 25 maio 2022.

KRIPPENDORFF, Klaus. *Content analysis: An introduction to its methodology*. Sage publications, 2018.

MAESTRE, María Elena Pérez. *Homeschooling, una opción educativa para las familias españolas*. 2016. Disponível em: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/80374/Homeschooling%2c%20una%20opc%3b%20educativa%20para%20las%20familias%20espa%3b%20olas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Homeschooling: direito fundamental dos pais ou dever do Estado? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o Direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex Editora, 2019.

PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. vol. 2, 3, 4. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958.

SANCHEZ, Miguel Ángel Asensio. La educación en casa o “homeschooling” en la doctrina del tribunal constitucional. FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, v. 15, n. 2, p. 185-212, 2012. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2012.v15.n2.41491. Disponível em: Acesso em: 7 jul. 2022.

SANTOS, Aline Lyra. **Educação domiciliar ou “lugar de criança é na escola”**: Uma análise sobre a proposta de homeschooling no Brasil, v. 255, 2019.

SOTÉS-ELIZALDE, María Ángeles; URPÍ-GUERCIA, Carmen; MOLINOS, María del Coro. Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del Homeschooling. *Estudios sobre Educación*, p. 55-72, 2012. Disponível em: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/22634>. Acesso em: 13 jul. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUCH, M. (7 de octubre 2015). *¿Por qué quiero educar a mi hijo en casa?* Las razones de los homeschoolers [entrada de blog]. Blog Lenovo. Disponível em: <http://www.bloglenovo.es/por-que-quiero-educar-a-mi-hijo-en-casa-las-razones-del-homeschooling/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

ZWEIGERT, Konrad et al. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon press, 1998.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/01/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/02/2023
- Avaliação 1: 06/03/2023
- Avaliação 2: 30/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 17/06/2024
- Retorno rodada de correções: 11/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 23/09/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE STRUCTURAL PROCESS AS AN INSTRUMENT
FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

WENDY LUIZA PASSOS LEITE¹
JUVÊNCIO BORGES SILVA²

RESUMO

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a tutela de interesses coletivos e aponta o processo estrutural como um dos instrumentos processuais adequados para efetivação das políticas públicas, sobretudo quando houver omissão dos Poderes Executivo e Legislativo no trato dessas políticas. Amparado em uma pesquisa exploratória-bibliográfica, direcionada pelo método analítico-dedutivo serão analisados os delineamentos do processo estrutural e o papel do Poder Judiciário enquanto garante dos direitos sociais e fundamentais diante do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao final, será demonstrada que as políticas públicas devem ser judicializadas diante da inércia dos outros dois Poderes. Contudo, a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas deverá acontecer de forma democrática, responsável, controlada, não abusiva, propiciando acordos, negociações, entendimento, participação dos grupos e de profissionais técnicos conhecedores do assunto tratado e dessa forma alcançar de forma ampla toda a coletividade garantindo a efetivação dos direitos sociais fundamentais constantes da Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: tutela coletiva; políticas públicas; processo estrutural.

- 1 Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Pós-graduada em Direito Público e Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3577071213337168>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0034-9520>.
- 2 Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992), Especialização em Didática e Planejamento do Ensino Superior pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992). É docente titular da Associação de Ensino de Ribeirão Preto e do Centro Educacional Hyarte - ML Ltda. É docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. É líder do Grupo de pesquisa Direitos Coletivos, Políticas Públicas e Cidadania, que se reúne regularmente na Universidade de Ribeirão Preto. É membro associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. É editor-adjunto dos seguintes periódicos: Revista Paradigma, Revista Reflexão e Crítica do Direito. É coorganizador do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania e do Congresso Internacional Iberoamericano de Pesquisa em Seguridade Social, bem como editor de seus anais. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2524142543068754>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9403-2713>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

LEITE, Wendy Luiza Passos; SILVA, Juvêncio Borges. O processo estrutural como instrumento de efetivação de políticas públicas. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 126-141, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9716>.

ABSTRACT

The present work presents a study on the protection of collective interests and points out the structural process as one of the appropriate procedural instruments for the implementation of public policies, especially when there is an omission by the Executive and Legislative Powers in dealing with these policies. Supported by exploratory bibliographical research, guided by the analytical-deductive method, the outlines of the structural process and the role of the Judiciary as a guarantor of social and fundamental rights will be analyzed given the paradigm of the Democratic State of Law. In the end, it will be demonstrated that public policies must be judicialized in the face of the inertia of the other two Powers. However, the assessment of the Judiciary in the implementation of public policies must take place in a democratic, responsible, controlled, non-abusive manner, providing agreements, negotiations, understanding, and participation of groups and technical professionals knowledgeable in the subject matter, thus achieving broadly the entire community guaranteeing the realization of the fundamental social rights contained in the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: collective protection; public policy; structural process.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Judicialização das políticas públicas tem sido tema altamente controvertido no âmbito jurídico. Ao mesmo tempo, a tutela dos direitos coletivos deve ser considerada atualmente uma das mais importantes questões quando o assunto diz respeito ao acesso à justiça, pois tem o condão de viabilizar respostas mais adequadas aos conflitos existentes na contemporânea sociedade globalizada e de massa.

A tutela coletiva pode ser adequada para responder as exigências dos tempos modernos, sobretudo utilizando mecanismos e técnicas que possam otimizar as tratativas das demandas de massa para atender satisfatoriamente os julgados repetitivos e ao mesmo tempo evitar que haja o comprometimento da qualidade e celeridade da prestação jurisdicional.

As políticas públicas podem ser consideradas ações governamentais que visam atender interesses sociais relevantes de toda coletividade cuja titularidade ordinária de execução pertence aos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, os problemas cotidianamente surgem quando ocorrem omissões ou descumprimento de ações desses dois Poderes, e nesse caso, esse trabalho defende que é dado ao Poder Judiciário garantir a implementação desses direitos sociais no âmbito das políticas públicas e dessa forma contribuir para tutela de segmentos sociais carentes e marginalizados além de minimizar as mazelas aos quais estão submetidos, garantindo maior dignidade humana.

O presente estudo amparado em uma pesquisa exploratória-bibliográfica, direcionada pelo método analítico-dedutivo revelará a importância da participação do Poder Judiciário no trato das políticas públicas, posto que este Poder é o garante dos direitos sociais e fundamentais diante do paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a pesquisa aponta o processo estrutural como um dos instrumentos processuais adequados para efetivação das políticas públicas,

Diante desse contexto, o presente estudo propõe demonstrar que as políticas públicas devem ser judicializadas diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo com o fim de efetivar direitos que esses últimos Poderes não alcançaram. Porém, a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas deverá ser realizada sem afronta na separação dos

Poderes acontecendo principalmente mediante os processos estruturais, sobretudo de ações coletivas, de forma democrática, responsável, controlada, não abusiva, além de oportunizar a celebração de acordos e negociações favoráveis a totalidade do grupo envolvido.

A colaboração do Judiciário na solução de políticas públicas também deverá compreender, entre outras ações: a escuta ativa no desenrolar da demanda, a promoção do entendimento acerca dos temas em discussão, a realização de audiências públicas com o público interessado, a participação dos grupos e de profissionais técnicos conhecedores do assunto tratado e a permissão do *amicus curie* para trazer informações técnicas relevantes. Em razão da faculdade de utilizar todas essas prerrogativas, possibilitará amplamente o alcance de de toda a coletividade garantindo a efetivação dos direitos sociais fundamentais constantes da Constituição da República de 1988.

O estudo também faz uma abordagem geral sobre as ações coletivas, a tutela jurisdicional coletiva, o processo coletivo e o processo estrutural. É apresentada a evolução do direito e suas conquistas ao longo dos anos além de mostrar que os obstáculos encontrados atualmente também podem ser dirimidos pela seara jurídica. O processo estrutural é destacado pela sua importante finalidade de reestruturação de um estado de desconformidade ou de ilicitude pela via jurisdicional quando se encontram diante de um problema estrutural, assim considerado como situação não compatível ao estado de coisas equivalente ao ideal.

Nessa lógica, será demonstrado que o processo coletivo estrutural é o meio mais adequado para viabilizar as entregas das prestações sociais positivas que a Constituição Federal de 1988 assegurou como direitos sociais fundamentais, quando ainda não concretizadas pelos titulares, e que o Judiciário também é legítimo para tratar as políticas públicas de forma democrática.

2. HISTÓRICO DA TUTELA COLETIVA

O histórico de um instituto é importante para o estudo pois traz a percepção do seu surgimento e das dificuldades enfrentadas e ao mesmo tempo demonstra as vitórias alcançadas e as adequações que ainda podem ser acrescidas para seu melhor desempenho futuramente.

O entendimento de Estado tem sofrido modificações ao longo do tempo. Nos Estados Liberais burgueses do século XVIII surgido após a superação do Estado Absolutista, ocorreu em razão do movimento iluminista surgido na Europa, com influência dos ideais filosóficos de Locke, Montesquieu e Rousseau com claro intuito de proteger os indivíduos contra as ingerências e interferências absolutistas do Estado. Foi também inspirado pela declaração de independência dos Estados Unidos, em 1776, que consagrou a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e essa garantiu essencialmente a liberdade individual, a proteção dos direitos do cidadão e da propriedade privada.

Os ideais do movimento iluminista e da Constituição dos Estados Unidos também inspiraram a Revolução Francesa de 1789 o que determinou a mudança do regime político da França com a consequente elaboração da Constituição Francesa de 1791. Ambos os diplomas constitucionais tiveram forte contribuição para espalhar o movimento iluminista por todo o mundo civilizado. Portanto, o Estado Liberal de Direito reflete a filosofia essencialmente individualista dos direitos.

Embora refletisse apenas direitos individuais, naquele momento histórico representou forte ruptura, pois modificou a forma de organização do poder e transferiu a legitimação exclusiva do príncipe quem detinha a titularidade absoluta do poder (Estado Absoluto) e passou a esfera da legitimidade para esfera da legalidade (Estado de Direito ou Estado Constitucional), conforme defende Almeida (2003).

No mesmo sentido, Bobbio:

No Estado despótico os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos (Bobbio, 1992, p. 61).

Dessa forma, eram características do Estado Liberal de Direitos: a supremacia da Constituição, a separação dos poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais. Essa última característica é a mais relevante pois prima pela proteção do indivíduo contra a interferência do Estado em sua vida privada, representando a limitação na atuação estatal. Nesse momento, a tutela jurisdicional é acima de tudo individualista, portanto, não havia espaço para tutela coletiva.

Diante da Revolução Industrial que teve início em 1760, do aumento da complexidade social, das insuficiências das liberdades burguesas, do individualismo e da abstenção estatal que geravam muitas injustiças, surgiram os movimentos sociais para forçar o Estado a sair da neutralidade e assumir inclinação protetora de determinados interesses sociais. Nesse contexto, surgiu também o sindicalismo que representava a organização da classe trabalhadora. Todo esse movimento faz nascer o Estado Social de Direito ou Estado do Bem Estar Social (Welfare State). A partir desse momento, o Estado passa a atuar com prestações positivas junto a questões sociais e ser instrumento estatal de atuação concreta. Sob esse paradigma, *"a adjetivação pelo 'social' tem a pretensão de corrigir o individualismo liberal clássico, com a consagração de garantias coletivas"*. (Almeida, 2003, p. 52).

De acordo com José Luís Bolzan de Moraes o Estado Social *"garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político"* (Moraes, 1996, p. 94)

Foi no Estado do Bem Estar Social que eclodiu a conflituosidade social que decorreram das novas exigências da sociedade de massas e nesse momento tornou-se necessária a regulação e proteção dos direitos difusos e coletivos (interesses transindividuais). Daí passou a ser preocupação do Estado a tutela de demandas como meio ambiente, consumidor, crianças e adolescentes, idoso, problemas de ordem econômica, entre outros.

O Welfare State entra em crise principalmente por causa da sua incapacidade de resolver os conflitos sociais e promover as transformações necessárias. É uma crise de legitimidade. Nesse sentido expressa Almeida:

o Estado não vem cumprindo com o seu dever, como se nota no Brasil em relação à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, onde a Constituição pátria é considerada uma mera carta de intenção, o que faz gerar a crise da legitimação, que recai sobre o direito, como instrumento de regulação e transformação da sociedade. (Almeida, 2003, p. 55)

Diante da crise surge o Estado Democrático de Direito cuja finalidade é a transformação da realidade social a vai além com a implantação da igualdade material. Nesse Estado, a democracia é substancial com intuito de efetivar direitos fundamentais e preservar a dignidade da pessoa humana. Nos termos descritos por Almeida:

O Estado não pode mais conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele tem que atuar para se reestruturar, reestruturando também a sociedade. A sua atuação não é voltada para o indivíduo unicamente ou para o grupo simplesmente, mas para a comunidade, educando-a, conscientizando-a, além de ter de preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da vida – econômico, político, jurídico, moral e biológico – e abrir igualmente as portas para a participação popular, como fator de sua legitimação político-democrática” (Almeida, 2003, p. 55-56)

Nesse contexto, torna-se aceitável a atuação do Judiciário diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. É admissível a judicialização das políticas públicas com fim de efetivar direitos que os outros dois Poderes não têm alcançado. E uma atuação equânime seria o controle das políticas públicas mediante processos estruturais coletivos em que fossem apontadas soluções de forma mais justa, a partir da escuta ativa no desenrolar da demanda, com promoção de audiências públicas com o público interessado e afetado e se necessário a permissão do *amicus curie* para trazer informações técnicas e relevantes para o esclarecimento na solução do processo.

Para melhor compreensão do alcance dessa proposta, é fundamental estabelecer alguns conceitos na seara coletiva, a forma de organização processual, as fontes do direito coletivo e seu histórico também.

Edilson Vitorelli (2019) traz notícias do embrião das ações coletivas no direito romano representado pelos instrumentos da *actio pro populo* e da *actio popularis*. Na primeira o resultado da condenação beneficia o erário e o autor age em nome próprio, enquanto na segunda o resultado da condenação é revertido em favor do cidadão, autor da ação, embora fosse uma ação de interesse de toda a coletividade. Nesse último caso o cidadão age em nome próprio ou alheio, porém esse agir em nome alheio no direito romano não tem o mesmo significado de representação e substituição processual conforme é compreendido na atualidade.

A experiência anglo-saxã, no sistema *commom law*, são significativas no histórico das ações coletivas. Porém, é relevante considerar que para as ações coletivas medievais não existia uma teoria geral da tutela coletiva que se aplicasse a quaisquer grupos. Os litígios coletivos estavam focados nos problemas e circunstâncias locais e variavam de acordo com o grupo envolvido. Importante considerar que a sociedade medieval estava organizada em grupos, portanto, os litígios judiciais também eram pleiteados em favor do grupo, representado por uma pessoa, em regra. A visão das lides individuais é uma conquista consideravelmente recente.

A tutela dos direitos coletivos avançou considerável a partir dos anos 70, no século XX, frente a necessidade de demandas direcionadas a proteção e preservação do meio ambiente, proteção dos consumidores atingidos em larga escala face ao neoliberalismo perverso e das consequências negativas em razão da priorização da economia de mercado ostensivamente direcionada ao lucro. Os exemplos citados não foram os únicos a provocarem o avanço das demandas coletivas, contudo foram representativos para instigarem regras de direito material e processual adequadas a tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Esse momento é muito bem descrito por Cappelletti e Garth:

especificamente nos interesses difusos [...] uma verdadeira 'revolução' está-se desenvolvendo dentro do processo civil, [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (Cappelletti; Garth, 1988, p. 49-50)

Pontos importantes para permitir a adequação do processo civil individual para o processo coletivo são: a legitimação ativa (que autoriza indivíduos ou grupos atuarem na representação dos interesses difusos ou coletivos) e a coisa julgada (atribuído contornos objetivos que permita a vinculação de todos os membros do grupo, embora nem todos tenham sido ouvidos ou se manifestado ativamente).

Zavascki (2017) tece considerações sobre a evolução das ações coletivas no direito internacional. Para o citado autor, a experiência francesa em ações coletivas teve influência no modelo a ser adotado mais tarde no Brasil, principalmente na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985). A *Loi Royer* francesa representou um paradigma para a legitimação ativa das entidades associativas.

A respeito da evolução das ações coletivas no Brasil, Zavascki (2017) considera que o legislador brasileiro realizou verdadeira revolução no domínio do processo coletivo consoante revelado por Cappelletti e Garth, pois abordou o tema de modo mais profundo e rico do que os países da civil law por privilegiar a criação de instrumentos de tutela de interesses coletivos.

Aponta que na década de 70, a Lei 6.513, editada em 20 de dezembro de 1977, modificou significativamente o artigo 1º da Ação Popular (Lei 4717 de 29 de junho de 1965) para possibilitar a tutela do patrimônio público. A referida lei considera patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Essa Lei foi muito valiosa porque autorizou a tutela do patrimônio público de natureza difusa pela via da ação popular.

Contudo, a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24.07.1985) foi a lei que implementou de fato grande avanço na tutela dos interesses difusos e coletivos no Brasil e se tornou um grande marco. Ela agregou efetivamente instrumentos processuais que vão muito além da tutela dos direitos individuais subjetivos previstos no âmbito da Ação Popular. Zavascki (2017), compreende a Ação Civil Pública como um subsistema de processo coletivo direcionado a tutelar os direitos materiais transindividuais, essencialmente situados no domínio jurídico da coletividade.

A Constituição da República de 1988 trouxe melhorias dos instrumentos processuais da tutela coletiva. Por exemplo, conferiu legitimação ao Ministério Público para promover ação civil pública tutelando qualquer espécie de direitos e interesses coletivos e difusos além de autorizar a instauração de inquérito civil, conforme disposto no artigo 129 inciso III desse diploma.

A Lei Suprema avançou significativamente pois incluiu forma alternativa de tutela coletiva e adotou a técnica da substituição processual que outorgou legitimidade a determinadas entidades e instituições para defender em Juízo direitos subjetivos de outrem, contudo atuando em nome próprio. Exemplos de substituição processual encontradas na Constituição da República

de 1988 são: artigo 5º inciso XXI (entidades associativas representando seus filiados em Juízo ou extrajudicialmente), artigo 8º inciso III (sindicatos em defesa dos direitos e interesses individuais ou coletivos dos seus filiados e associados, de forma judicial ou administrativamente), artigo 5º inciso LXX e seus incisos (outorga para impetrar Mandado de Segurança Coletivo conferida: às organizações sindicais, a partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às entidades de classe e às associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano em defesa dos interesses de seus associados ou membros.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990) contribuiu sensivelmente para o avanço da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, pois inovou ao introduzir a denominada ação civil coletiva (artigo 91) na seara da relação de consumo para proteção conjunta dos direitos individuais homogêneos, com emprego da técnica da substituição processual (artigo 82).

A CR/88, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, e o Código de Defesa do Consumidor são diplomas legais que integram o microsistema de processo coletivo com outras leis do ordenamento jurídico brasileiro. Todos os diplomas legais brasileiros de tutela coletiva representam aparelhamento sofisticado, rico e específico para solucionar os conflitos coletivos. Reconhecendo essa riqueza, Barbosa Moreira manifesta-se: *“o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”* (Moreira, 2002, p. 345)

Portanto, diante de toda a riqueza para a defesa dos interesses coletivos, todo o rol de instrumentos, variados tipos de ações, podem ser utilizadas também para realizar o controle e intervenção do Judiciário nas políticas públicas com o objetivo de conferir-lhes efetividade. Se por exemplo, identificar a omissão do Executivo que implica afronta à moralidade administrativa, poderá ser objeto de ação coletiva que pode ser proposta inclusive pelo cidadão, legitimado da ação popular. Daí a importância do reconhecimento da força das ações coletivas para tutela dos direitos sociais fundamentais.

3. CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA E PROCESSO ESTRUTURAL

Para compreender bem um instituto, é importante conhecer o seu conceito. Acertada definição de política pública é a utilizada por Maria Paula Dallari Bucci que assim dispõe:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2006, p. 39)

A citada autora compreende a política pública como programa de ação governamental, ou seja, o agente executor é o Governo, e consiste em um processo juridicamente regulado com os objetivos sociais relevantes, cuja relevância é determinada juridicamente, no caso do Brasil, prescrito principalmente na Constituição Federal de 1988, onde estão estipuladas as

diretrizes do que deve ser primordialmente executado mediante as políticas públicas, dada a sua importância.

Leonardo Reisman e Jackson de Toni com fundamento na lógica de Thomas Dye compreendem a política pública como *“tudo que o governo decide fazer ou deixar de fazer. O adjetivo ‘pública’ (...) refere-se ao protagonismo do agente primário da ação: o governo.”* (Reisman; Toni, 2017, p. 15). Nesse sentido, os autores compreendem que será caracterizado como política pública o que depender de ser executado pelo Governo. A escolha conceitual tem como referencial a ótica do agente, a partir do que tiver caráter oficial de decisão governamental e ainda que carrega a capacidade de sanção caso ocorra transgressão.

Jobim e Steffens (2022) entende que a política somente deve ser considerada como pública se envolver os interesses da coletividade. E nesse sentido Bucci também se manifesta:

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade – não uma fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo. (Bucci, 2002, p. 269)

Nessa citada ponderação de Bucci sobre as políticas públicas, resta claro que é uma política voltada para atender os interesses da coletividade e está representado em um processo público que permite a participação de todos os interessados diretos e indiretos.

Também é relevante trazer o conceito explicitado por Jobim que entende o seguinte:

Políticas públicas podem ser entendidas como instrumentos de ação dos governos capazes de proporcionar, mediante a ação conjunta dos poderes públicos, ‘a efetivação de direitos fundamentais sociais, conferindo aos cidadãos as condições necessárias para usufruírem a real liberdade e a igualdade material e, tão logo, a dignidade humana’. Em suma, o fundamento imediato das políticas públicas seriam a função de governar, enquanto mediato seria a realização dos direitos sociais. (Jobim; Steffens, 2022, p. 713).

Diante dos conceitos de política pública apresentados, pode-se concluir que ela está diretamente relacionada com a execução de ações de interesses da coletividade com o fim de efetivação de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo este último o fundamento final e essencial. E para a consecução desse fundamento final (mediato) com prestações positivas, o Governo foi destinado a cumprir o papel de realizar esses direitos sociais.

Se o Governo, enquanto Poder Legislativo e Executivo, não estiver cumprindo esse papel, então o Judiciário enquanto garantidor dos direitos, inclusive de políticas públicas, também estaria autorizado a executar essas políticas. E a forma mais adequada e abrangente é a proposta nesse trabalho por meio de ações coletivas em processos estruturais.

E para compreensão do processo estrutural é importante conhecer alguns conceitos. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. conceituam o processo coletivo da seguinte forma:

Processo Coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo ‘lato sensu’ (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por ex.) de titulares de um grupo de pessoas. (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2022, p. 48)

Referidos autores defendem que o objeto da relação jurídica litigiosa deve ser coletivo para amoldar-se as especificações de processo coletivo. Para eles, a relação jurídica será coletiva caso um dos seus elementos (sujeito ativo ou passivo e relação jurídica litigiosa) encontre-se um grupo e estiver correlacionado a direito, dever ou estado de sujeição de um determinado grupo. O processo coletivo será caracterizado quando identificado o grupo e a situação jurídica coletiva. Nesse sentido:

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se, em um dos seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, temos o processo coletivo.” (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2022, p. 48)

Antônio Gidi traz a seguinte concepção sobre processo coletivo:

ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente considerado, cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade. Aí está em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada. (Gidi, 1995, p. 16)

O conceito trazido por de Gidi (1995) exige que determinados requisitos sejam cumpridos para caracterização de processo coletivo, são eles: legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada.

Freddie Didier Jr. percebe o processo coletivo de forma um pouco diferente de Gidi. Enquanto para Didier Jr. a caracterização do processo coletivo depende de estarem presentes os elementos grupo e a situação jurídica coletiva, Gidi elenca a legitimidade, o objeto e a coisa julgada.

Didier Jr. e Zaneti Jr. (2022) ao criticar Gidi (1995) diz não ser necessária exigência do regime especial de coisa julgada, tampouco qualificar o legitimado em autônomo para caracterizar o processo como coletivo. Para o primeiro autor, o processo coletivo no Brasil é gênero e suas espécies são: as ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos.

Dessa forma, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2022) defende que: *“legitimidade, competência e coisa julgada não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo.”* (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2022, p. 50). Esses são elementos fundamentais que identificam a estrutura do processo coletivo, autorizadas alterações cautelosas desde que não comprometam os pontos sensíveis, como por exemplo, o contraditório ou o devido processo legal.

Edilson Vitorelli (2018) também traz relevante definição de processo coletivo nos seguintes termos:

Processo coletivo é o mecanismo processual que a ordem jurídica de um determinado país disponibiliza para resolver litígios coletivos, usualmente por intermédio do ajuizamento de uma demanda civil por um legitimado coletivo, em defesa dos interesses da sociedade, a qual substitui processualmente; (Vitorelli, 2018, p.15)

É importante conceituar também processo estrutural, instrumento contundente para tratativas sobre os interesses difusos e coletivos.

De acordo com Edilson Vitorelli, o conceito de processo estrutural é o seguinte:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. (Vitorelli, 2018, p. 8)

O citado autor compreende o processo estrutural enquanto processo coletivo com a finalidade de reestruturação de instituição burocrática (pública ou privada) pela via jurisdicional, que deu causa a uma violação de norma.

Didier Jr., Zanetti Jr. e Oliveira trazem um conceito de processo estrutural bem próximo ao conceito de Vitorelli, porém um pouco mais extensivo. Os primeiros autores assim conceituam o instituto: *"O processo estrutural é aquele em que se veiculam um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal"* (Didier Jr.; Zanetti Jr; Oliveira, 2022, p. 465).

Para os autores citados, não é essencial tratar o processo estrutural com a característica de processo coletivo. Enfatizam o propósito de reestruturação de um estado de desconformidade mas sem vincular a qualquer tipo de instituição, seja pública ou privada; e compreendem o estado de desconformidade desvinculado da obrigatoriedade de estar configurada a ilicitude da norma.

Desse modo, o processo estrutural é geralmente um processo coletivo que busca a reorganização de um problema estrutural, normalmente instalado em instituições públicas ou privadas, causado por alguma violação que provocou um litígio estrutural e que deve ser sanado mediante atuação jurisdicional.

Para melhor compreender o conceito de processo coletivo é relevante compreender a definição de problema estrutural.

Os autores Fredie Didire Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira definem problema estrutural da seguinte forma:

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2022, p. 462)

E ainda, Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2022) destacam que o Estado de desconformidade não é necessariamente sinônimo de estado de ilicitude. Defendem que o Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade e que exige uma intervenção reestruturante. E entendem que a desorganização pode não ser consequência de um conjunto de condutas ilícitas.

Diante de alguns dos conceitos desenvolvidos é importante traçar um paralelo. O processo coletivo é relação jurídica litigiosa coletiva (ou seja, envolve grupo de pessoas). A ação coletiva é a demanda (instrumento jurídico) que dá origem (início) ao processo coletivo com a finalidade de afirmar a existência ou não sobre a situação jurídica coletiva (também envolve grupo de

peçoas). A tutela jurisdicional coletiva tem o intuito de proteger a situação jurídica coletiva ou de efetivar situações jurídicas, ambas coletivas. Por fim, o processo estrutural, será em regra também um processo coletivo que visará a reorganização de um problema estrutural causado por uma desconformidade que provocou um litígio estrutural que será resolvido via jurisdicional.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme demonstrado, as políticas públicas são ações governamentais que visam atender interesses sociais relevantes de toda coletividade. A titularidade de execução é ordinariamente dos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, na omissão de ações desses dois Poderes, é dado ao Poder Judiciário garantir a implementação desses direitos sociais. E a forma mais adequada para o Judiciário atuar em políticas públicas é mediante o processo estrutural, que tem sua sistemática conforme exposto no presente estudo.

Existe grande divergência doutrinária quanto a legitimidade do Judiciário para executar as políticas públicas, porém, diante da falha da atuação positiva principalmente do Executivo, é válida a atuação do Judiciário para correções e efetivação de direitos, sobretudo constitucionais, no âmbito das políticas públicas.

Conforme expõe Jobim e Steffens (2022), no Estado Liberal de direito a atuação do Judiciário era limitada a litígios individuais e predominantemente de caráter patrimonial e nesse contexto o controle judicial de políticas públicas encontrava óbices no princípio da separação dos Poderes e seria inconcebível.

No atual Estado Constitucional e democrático de direito, o juiz não é visto apenas como aplicador do direito, “boca-da-lei”, mas com função de realizador dos direitos fundamentais para dar significado aos valores públicos dispostos na Constituição Federal. Para os mencionados autores: *“Atualmente, o Judiciário, mais do que uma Corte que possui a função de retirar da ordem jurídica regras que se mostrem contrárias ao texto constitucional, adquire o papel de protetor dos direitos fundamentais.”* (Jobim; Steffens, 2022, p. 715).

Lênio Luiz Streck (2014) também tem opinião relevante sobre a judicialização das políticas públicas, para ele quando falhar as normas-programas da Constituição Federal cumpridoras de políticas públicas, o Judiciário surgirá como instrumento de resgate dos direitos não realizados.

Para justificar a atuação do Judiciário, Jobim e Steffens (2022) manifestam no seguinte sentido: *“Não se pode admitir que os direitos fundamentais se tornem, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, ‘substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada’* (Jobim; Steffens, 2022, p. 718)

Um dos fortes argumentos da doutrina e da jurisprudência contra a judicialização das políticas públicas reside na violação do princípio da separação dos Poderes, por entenderem que seria função exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo a formulação e implementação das políticas pública, e para os defensores desse argumento tais funções não seriam extensíveis ao Poder Judiciário.

Sérgio Cruz Arenhart (2009) combate esse argumento com o fundamento de que admitir a ideia de separação de Poderes enquanto uma rígida divisão de atribuições entre o Judiciário,

o Legislativo e o Executivo equivaleria reconhecer a ideia de que: a legislação seria atribuição exclusiva do Poder Legislativo, a administração como função única do Poder Executivo e de que a aplicação do direito ao caso concreto seria papel privativo do Poder Judiciário. Isso não é verdadeiro e também não tem pertinência em outros países e nem no Brasil, já que neste último são praticadas as funções anômalas entre os Poderes, onde o Legislativo exerce atipicamente a função de administração dentro do próprio Poder e o Executivo exerce de forma anômala a função de legislar mediante decretos. Diante desse raciocínio, seria pertinente admitir que o Judiciário implementasse as políticas públicas, ou no exercício da função de garantia da Constituição Federal ou no exercício da função atípica.

Contudo, o exercício de implementação das políticas públicas pelo Judiciário deve respeitar alguns parâmetros. Ada Pellegrini Grinover (2010) também defende que o Judiciário pode intervir nas políticas públicas sem afronta na separação dos Poderes e ainda propõe alguns limites para o exercício do controle das políticas públicas via Judiciário. São eles: a restrição à garantia do mínimo existencial; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; e a reserva do possível.

É aceitável judicializar o controle das políticas públicas, contudo os limites devem ser observados para coibir abusos por parte dos Magistrados. E embora não exista normas sobre o assunto, poderia ser objeto de iniciativa legal a previsão normativa que responsabilizasse o Magistrado por decisão abusiva no âmbito das políticas públicas, quando em último caso, não houvesse outra medida para coibir excessos manifestamente desproporcionais ou ilegais.

Grinover (2010) tem entendimento relevante sobre o controle das políticas públicas por intermédio do Judiciário. A citada autora defende que qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.

O Professor Juvêncio Borges da Silva (2020) também tem entendimento de que é admissível o Poder Judiciário intervir nos demais Poderes da República para impor obrigações, anular alguns de seus atos desde que o faça com parâmetros legais, com o intuito de alcançar a concretização dos direitos fundamentais. Aponta também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) como balizadora das decisões judiciais para evitar excessos.

A grande dificuldade quando o assunto são políticas públicas gira em torno de alcançar o cumprimento das políticas e efetivação dos direitos sociais fundamentais. Essa dificuldade se torna evidente no Poder Judiciário no momento do cumprimento da ordem ou da decisão judicial.

Para contribuir no alcance do resultado prático da demanda judicial, Grinover (2010) propõe a aplicação de astreintes, embora seja pouco adequadas quando se trata da Fazenda Pública. Então, nesse último caso, de acordo com a citada autora as sanções mais eficazes são: a responsabilização por improbidade administrativa; a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município, e; em âmbito mais limitado, a imputação ao prefeito o crime de responsabilidade.

Sobre execução de políticas públicas na fase de execução, Eduardo José da Fonseca Costa (2016) propõe uma “execução negociada”, onde é sugerido que o Juiz atue como mediador para que as partes entrem em acordo e resolvam a demanda após ter uma decisão judicial. A execução negociada propicia um cumprimento mais democrático da decisão, onde o réu vai dizer quais recursos poderão ser disponibilizados dentro da reserva do possível e os autores são atendidos de acordo com a urgência e necessidade premente de cada envolvido e dentro

do tempo aceitável conforme montado o cronograma, onde sejam acompanhadas as etapas das medidas adotadas. A proposta do citado autor é a seguinte:

Para que se consiga um cronograma negociado desse tipo, recomenda-se, entre outras coisas: i) que o juiz da causa se reúna as sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída (na técnica da mediação, essa reunião privada é chamada de cáucus); ii) a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma; iii) a presença não apenas dos advogados, do Ministério Público e dos representantes legais dos entes envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma; iv) a consulta eventual a terceiros especialistas – nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amici curiae* – para a ampliação das informações imprescindíveis; v) a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos setores da sociedade interessados na implantação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma estrutura polifônica e transponha a bilateralidade autor-réu (já que, no Estado Social e Democrático de Direito, construído para uma sociedade fragmentaria e pluralista, as experiências institucionais conquistam maior legitimidade – de natureza *tópica*, sublinhe-se – a medida que se estruturam sob canais de controle e participação direta dos destinatários da ação governamental); vi) a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, estudos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, slides, quadros, lousas, telas para PowerPoint, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; vii) a possibilidade de eventual interrupção da audiência para a realização de inspeção judicial nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política; viii) a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida. (Costa, 2016, p. 123-124)

Essa forma de resolução da demanda judicial que trata de políticas públicas parece muito acertada, pois permite inclusive a intervenção de *amicus curie* que detém conhecimentos específicos sobre a matéria em questão e tem experiência e estudo para explicar às partes a situação técnica de cada uma delas e as reais condições técnicas de cumprimento. Ele tem o condão de esclarecer as partes, o Juiz, o Ministério Público e todos os envolvidos no processo sobre questões específicas e muitas vezes obscuras por falta de conhecimento sobre o assunto que apenas os profissionais da área tem condições de fazer.

A importância de apontar o processo estrutural como instrumento de efetivação das políticas públicas reside exatamente por permitir atuações de controle das políticas públicas pelo Judiciário, porém sem abusos. No processo estrutural sobre políticas públicas, o Magistrado combaterá a problema estrutural que poderá ser uma ilicitude ou uma desconformidade, e dessa forma reorganizará e restabelecerá o funcionamento regular da instituição ou da entidade pública responsável pela realização da política pública. A reestruturação poderá ser feita de forma democrática e participativa, de forma a conferir maior legitimidade, lisura e conformação dos envolvidos, e ao mesmo tempo favorecer a efetivação dos direitos fundamentais sociais que a política pública foi criada originariamente para implementar.

A defesa da judicialização das políticas públicas não tem como foco o favorecimento da juristocracia no Brasil, conforme denunciado por Cláudia Maria Barbosa (2019), em que há o fortalecimento e expansão do poder político dos Magistrados em geral e das cortes superiores com o intuito de privilegiar a elite política, econômica e jurídica do país que defendem apenas os próprios interesses e por isso defendem a juristocracia.

A defesa da judicialização das políticas públicas se justifica na implementação dos direitos fundamentais sociais de grande parte da sociedade que de fato necessita dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988.

De acordo com a concepção de Boaventura de Sousa Santos (2007), alguns segmentos sociais estão inseridos nas linhas do pensamento abissal, onde são relegados ao plano da inexistência, ou seja, se encontram além da linha da existência humana, lugar de negação da existência a determinados grupos ou coletividades, considerados subumanidade. Daí a premente necessidade de reconhecer esses segmentos sociais no plano da existência, conferindo aos integrantes desses segmentos diversos direitos e cidadania.

Interessante notar que os referidos segmentos são os mesmos desfavorecidos no contexto da juristocracia apontado por Barbosa (2019). O pensamento hegemônico do mundo contemporâneo tem utilizado de várias ideologias para mascarar a perversidade da negação da existência de determinados indivíduos (sendo a juristocracia uma delas) e por consequência é negada também a cidadania aos mesmos.

Portanto, a defesa da judicialização das políticas públicas é no intuito de garantir a implementação das políticas públicas, de forma negociada, democrática ao permitir a participação de todos no processo estrutural de forma coletiva, e se necessário dentro de um cronograma que permita o cumprimento a tempo e modo conforme negociado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve o objetivo de apontar o Poder Judiciário como implementador das políticas públicas caso as prestações positivas não sejam realizadas pelos outros Poderes.

Demonstrou que o Judiciário tem competência de atuar na seara da política pública ainda que seja enquanto função atípica e esse comportamento não afronta o princípio da separação dos Poderes.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o Judiciário é garante dos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais e portanto, diante do comprometimento desses direitos e da inércia do Legislativo e Executivo, está autorizado a intervir.

A intervenção e controle das políticas públicas devem acontecer de forma democrática, o que valida ainda mais a atuação judicial, negociada e dentro de tempo e modo aceitável, que pode ser controlado mediante cronograma feito conjuntamente entre as partes envolvidas no processo. Os Magistrados devem atuar de forma ponderada e sem cometer abusos.

O melhor meio de atuação do Judiciário seria mediante o processo coletivo estrutural que tem o condão de resolver o problema estrutural de forma a reestruturar e restabelecer a

instituição ou ente público para que retomem a realização das políticas públicas. Desse modo poderá alcançar amplamente a coletividade carente dessas e propiciar a participação coletiva e efetivação de direitos sociais relevantes de acordo com a Constituição da República de 1988.

Não é aceitável barrar o Judiciário do controle das políticas públicas, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo ficam inertes e com isso permitem que os segmentos sociais carentes fiquem totalmente desprovidos de qualquer exercício de direitos e relegados a própria sorte, sofrendo sérios danos de todas as modalidades.

O Judiciário deve intervir nas políticas públicas para garantir o exercício dos direitos fundamentais sociais dos segmentos desfavorecidos, que se encontram em condições sub-humanas, no plano da não existência e possibilitar também o alcance da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 2009.

BARBOSA, Cláudia Maria. A Juristocracia no Brasil e o Futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 14, n. 2, 2019

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Vade Mecum. 28. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Eduardo José de Fonseca. A "Execução Negociada" de Políticas Públicas em Juízo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 59, jan./mar. 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Processos Estruturais: Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, São Paulo, v. 7, n. 7, 2010.

JOBIM, Marco Félix; STEFFENS, Luana. A judicialização das políticas públicas durante a pandemia da Covid-19 e os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. *Processos Estruturais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson de. A formação do Estado Brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo (org.). *Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: Das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Novos Estudos*, n. 79, 2007.

SILVA, Juvêncio Borges; APPROBATO, Ana Patrícia Ribeiro; ALVES, Felipe Freitas de Araújo. O Ativismo Judicial no Brasil: uma análise dos limites impostos pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e pela Constituição Federal. *Revista Húmus*, v. 10, n. 29, p. 311-331, 2020.

STREK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, p. 333- 69, 2018.

VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 18/08/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/09/2023
- Avaliação 1: 18/09/2023
- Avaliação 2: 22/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 26/01/2024
- Retorno rodada de correções: 17/06/2024
- Decisão editorial/aprovado: 17/06/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

POLIAMOR COMO ENTIDADE JURÍDICA: A FAMÍLIA BASEADA NO AFETO

POLYAMOR AS A LEGAL ENTITY:
THE FAMILY BASED ON AFFECTION

RODRIGO VALENTE GIUBLIN TEIXEIRA¹

RHAQUEL TESSELE²

RESUMO

O presente artigo busca compreender a transformação, a evolução social e o desenvolvimento do conceito de família no âmbito do direito civil constitucional, trazendo a possibilidade de atribuir natureza jurídica e proteção Estatal à prática do poliamor, fundamentada no princípio da afetividade, e, almejando reconhecer esta união como uma entidade familiar merecedora de pertencer ao ordenamento jurídico. Dessa forma, será abordado por meio da metodologia qualitativa, exploratória e bibliográfica, através da pesquisa da contribuição da antropologia para o estudo da família e o surgimento da família eudemonista, bem como, uma noção geral sobre princípios e formas de interpretação hermenêutica e seus reflexos no direito da personalidade. Em seguida, aprofundará no escopo do tema mostrando os princípios indispensáveis na busca do reconhecimento do poliamor como entidade familiar. Assim, será questionado a prática da monogamia como um valor e a afetividade como o princípio fundamental para a formação da família. Por fim, será apresentado as disposições específicas acerca do tema em pauta: o poliamor.

Palavras-chave: direito da personalidade; família; poliamor; reconhecimento jurídico.

ABSTRACT

This article seeks to understand the transformation, social evolution and development of the concept of family within the scope of constitutional civil law, bringing the possibility of attributing legal nature and State protection to the practice of polyamory, based on the principle of affectivity, and, aiming to recognize this union as a family entity worthy of belonging to the legal system. In this way, the contribution of anthropology to the study of the family and the emergence of the eudemonist family will be approached through bibliographical methodology and research, as well as a general notion of principles and forms of hermeneutic interpretation and their impact on personality law. It will then delve deeper into the scope of the topic, showing the essential principles in the search for the recognition of polyamory as a family entity. Thus, the practice of monogamy as a value and affection as the fundamental principle for family formation will be questioned. Finally, specific provisions will be presented regarding the topic at hand: polyamory.

Keywords: personality rights; family; polyamory; legal recognition.

- 1 Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unicesumar, Cidade de Maringá, Estado do Paraná, País Brasil. LATTES iD: . ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6562-6731>
- 2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar, Unicesumar, Cidade de Maringá, Estado do Paraná, País Brasil. Pós-Graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Faculdade Legale. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/0849902445002247>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8543-7014>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; TESSELE, Rhaquel. Poliamor como entidade jurídica: a família baseada no afeto. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 142-158, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9393>.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu uma evolução ao longo dos anos e permanece em constante transformação. A família nuclear tradicional³, deixou de ser vista como critério obrigatório e passou a ser objeto de questionamento por parte daqueles que não se identificam com seus ditames.

Como consequência dessa evolução, surgiram modelos de famílias não- tradicionais, trazendo uma variedade de formas de constituição familiar. Dentro desse contexto, chama-se a atenção para uma nova formação: a relação poliafetiva, caracterizada como uma forma de relacionamento em que se mantem simultaneamente relações com mais de uma pessoa, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos.

Em uma sociedade em que a regra imposta é a monogamia, aqueles que não seguem seu padrão são excluídos da proteção estatal, afastando-se o seu reconhecimento e a legitimação de sua formação.

Assim, o presente trabalho tem a finalidade de questionar, com base no princípio da afetividade, que as relações poliamorosas podem ou não serem reconhecidas pelo ordenamento jurídico, garantindo-lhes todos os direitos conferidos a outras formas de famílias.

Ao expor uma perspectiva antropológica da família é possível chegar a um novo conceito de família eudemonista, que está em consonância com os princípios norteadores das famílias, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, afetividade, solidariedade familiar e o pluralismo familiar.

Tudo isso é visível dentro do ordenamento jurídico através do fenômeno estudado da “constitucionalização do direito civil dentro do direito das famílias”, que visa facilitar a subsunção dos princípios e normas ao caso concreto.

Ainda, existe a discussão embasadora do presente artigo, que seria a afetividade como um princípio e a monogamia como um valor, que visa ressignificar um conceito socialmente aceito por décadas.

Dessa forma, através da metodologia qualitativa e exploratória será realizada análises e percepções dos casos concretos e compreender o funcionamento da prática do poliamor, e, por fim, através da pesquisa bibliográfica, será feita uma coleta de dados a partir de livros, artigos, revistas científicas que já versaram sobre o tema.

3 Na família nuclear tradicional, o chefe da família é quem concentra o poder, e os outros membros da família são subordinados a ele. Esse tipo de família provém do modelo patriarcal. O modelo de família patriarcal é baseado na hierarquia. A figura principal é a do “pater famílias”, ao qual todos devem respeito e obediência. Assim, a mulher é subordinada ao poder do seu marido e os filhos subordinados ao poder do pai. Neste ponto, as principais obrigações da mulher é atender as necessidades do marido e dos filhos, ou seja, necessidades domésticas, sexuais e afetivas (Jelin, 1998, p. 29).

2. AS FAMÍLIAS

2.1 A CONTRIBUIÇÃO DA ANTROPOLOGIA PARA O ESTUDO DAS FAMÍLIAS

A questão sobre o parentesco é objeto de reflexão dentro do estudo da família na Antropologia, pois nas sociedades tribais os laços de parentesco são o elo fundamental e o que rege as relações sociais. Importante ressaltar, entretanto, que parentesco não é sinônimo de família, apesar de ambas serem similares por tratarem de fatores biológicos – nascimento, acasalamento e morte. A divergência encontra-se no quesito que a família é aquele grupo social concreto e o parentesco é a estrutura formal, abstratamente constituída que permeia esse grupo social concreto, mas que vai além dele (Sarti, 1992, p. 60).

Para a Antropologia, esses fatos básicos da vida, que são o objeto dos estudos de parentesco, são comuns a todos os animais. Todo mundo nasce, se acasala e morre. O que é específico do ser humano é que o homem escolhe a forma como ele vai fazer isso. Por mais que, seja dentro de limites estreitos, social e culturalmente dados, o homem escolhe como vai realizar estes fatos básicos da vida e atribui um sentido a suas escolhas. O que os estudos de parentesco fazem é justamente analisar como o homem lida com estes fatos básicos da vida, o por quê ele faz o que faz, por que a escolha de uma alternativa em detrimento da outra e que implicações tem esta escolha, como mostrou Fox (1986, p. 53).

Os sistemas de parentesco resultam da combinação de três tipos de relações básicas: a) relação de descendência, que é a relação entre pai e filho e mãe e filho; b) a relação da consanguinidade, que é a relação entre irmãos; e c) a relação de afetividade, ou seja, a que se dá através do casamento, pela aliança. Essas três relações são básicas e o estudo do parentesco é o estudo das suas combinações. Qualquer sociedade se forma pela combinação dessas três relações e a variabilidade está em como se faz essa combinação (Sarti, 1992, p. 71).

O que a Antropologia coloca é que as relações de parentesco e de casamento são estruturas universais. Em todas as sociedades há casamento e relações de parentesco (as três relações), mas a combinação dessas relações, qual o seu significado, que relações são proibidas, não são proibidas, com quem se pode ou não casar, o que isso significa em termos da descendência, tudo isso é enormemente variado (Sarti, 1992, p. 75).

Além de permitir ver a variabilidade, a “desuniversalização” e “desnaturalização” da família, a decomposição das relações envolvidas na família possibilita também pensar a mudança na família como um processo não totalizante, mas que pode estar referido a um ou outro elemento constitutivo da família. Nessa decomposição, fica claro que a família tem vários elementos que podem mudar ou não; a mudança, num dos elementos, não significa que o outro mude também (Sarti, 1992, p. 75).

Desta forma, a Antropologia observa e analisa as novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um parâmetro ideal de família, não limitado as relações e, finalmente, trazendo à tona a família moderna, que é uma família em transformação. Fazendo a decomposição da família nos seus mais variados elementos, combinando-os de diferentes maneiras e repensando a família dentro de uma estrutura mais ampla.

2.2 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

O afeto estrutura e norteia a promoção da personalidade, bem como, garante o pleno desenvolvimento do ser humano e a busca da felicidade, a supremacia do amor e a vitória da solidariedade possibilitam o seu reconhecimento como única maneira eficaz para definição da família, desta forma, para esse novo momento de identificação da entidade familiar por intermédio de seu envolvimento afetivo, intitula-se: família eudemonista (Dias, 2015, p. 58).

O conceito de eudemonismo, nada mais é do que a busca pela felicidade, logo, a família eudemonista representa a busca pela felicidade de seus integrantes. A família existe em razão dos seus membros e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana. Assim, o princípio eudemonista no sistema normativo, desloca a tutela jurídica da família, para o indivíduo em si (Farias; Rosenvald, 2013, p. 49).

Este modelo é marcado pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um dos seus integrantes. Trata-se de um novo arranjo familiar, que traduz o deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana (Farias; Rosenvald, 2013, p. 48).

O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de “ser” e “ter”, prevalecendo a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade. A família está mais empenhada do que nunca em ser feliz, não é mais obrigatório manter a família, razão pela qual ela só sobrevive quando vale a pena, implicando na felicidade de seus membros (Dias, 2015, p. 43).

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a família eudemonista não busca a felicidade puramente individual, por óbvio, a felicidade individual é importante, mas sim a felicidade de todos os seus membros.

2.3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS APLICADOS AO POLIAMOR

A hermenêutica jurídica é do que um domínio teórico especulativo, com a finalidade de estudar e sistematizar as regras e princípios do mundo jurídico. Então esse domínio é o que dá sentido à norma, isso quer dizer que, na norma jurídica sempre existe um sentido que não está explicitamente demonstrado, mas que com a hermenêutica pode ser alcançado.

A interpretação da norma jurídica pode se dar quanto as fontes, aos meios e ao resultado. Quanto às fontes a interpretação poderá ser: Autêntica, Judicial ou Doutrinária. Quanto aos meios será a interpretação: Gramatical (literal ou filológica), Racional (lógica), Sistemática, Histórica ou Teleológica. Quanto ao resultado poderá ser: Declarativa (enunciativa), Extensiva ou Restritiva (Friede, 2006, p. 158).

É importante dizer que o ideal é que o intérprete proceda em primeiro lugar a interpretação literal para, em seguida, observar as interpretações lógica, sistemática, histórica e teleológica, concluindo ao final pela integralização de todos esses meios, chegando assim no conhecimento do verdadeiro conteúdo e significado da norma jurídica (Friede, 2006, p. 165).

Já os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (Ávila, 2012, p. 85).

São normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, porquanto ao compreenderem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de originar uma solução específica, mas de auxiliar, ao lado de outras razões, a tomada de decisão (Ávila, 2012, p. 83).

Ao indicarem fins, estados ideais a serem alcançados, os princípios não têm o condão de detalhar a conduta a ser seguida para sua concretização, de forma que a atividade do intérprete será mais complexa, tendo que definir a ação a ser tomada (Barroso, 2003, p. 315).

Além disso, conferem funcionamento a outras normas, em virtude de estipularem fins a serem promovidos, sem promoverem o meio para sua realização. Apresentam, ainda, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, característica inerente a toda norma, mas no sentido de não enumerarem de forma exaustiva os fatos propulsores de suas consequências jurídicas (Ávila, 2012, p. 136).

Dessa forma, tendo em vista que a palavra “família” prevista na Constituição da República de 1988 no art. 226 (Brasil, 1988), não possui uma delimitação explícita de seu significado (sendo considerada um caso de cláusula aberta), o conceito está suscetível a interpretação histórica-evolutiva, ou seja, sendo reconceituado à medida que a sociedade evolui, estando então apto a inclusão de diferentes modelos de família.

Compreendida a transformação, a constante evolução social do conceito de “família, é possível a aplicação de inúmeros princípios, variando conforme o caso concreto, dentre eles o princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, entre outros.

Assim, embora não exista lei específica sobre o tema, não existe um fundamento plausível para a exclusão da proteção jurídica dos modelos familiares não tradicionais existentes na sociedade moderna.

3. PILARES INDISPENSÁVEIS NA BUSCA PARA O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR

Neste segundo momento, será apresentado um panorama próspero e favorável, deixando o ordenamento hábil a possíveis transformações. Dessa forma, os pilares necessários e indispensáveis, são: i) a constitucionalização do direito civil e seus reflexos no direito das famílias, através de sua repersonalização; ii) a mínima intervenção dentro das relações familiares.

Ainda, busca-se amparo nos princípios, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da liberdade, igualdade, da solidariedade familiar, da proteção à família, do pluralismo das entidades familiares, entre outros.

3.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS FAMÍLIAS

O Direito das Famílias, recebe de amparo constitucional constantemente para proteger o âmbito familiar, visando garantir a eficácia da proteção legal. Dessa forma, será brevemente analisado os princípios mais citados na jurisprudência e na doutrina dos pesquisadores do Direito das Famílias

3.1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana é um dos mais debatidos e conhecidos no Brasil, está previsto em um dos mais citados artigos da Constituição da República de 1988 (art. 5, inciso III), visa combater as injustiças sociais e dar maior liberdade ao ser humano como pessoa para poder ser respeitado e protegido, independentemente de suas escolhas (Fonseca, 2016, p. 20).

Desta forma, visa harmonizar as relações e trazer equilíbrio entre a sociedade e as famílias, deixando precedentes de liberdade para que cada um tenha o modelo de família que deseje, devendo o próximo e o Estado respeitar sua vontade. O início de tudo se dá através desse princípio, pois é através dele que os outros princípios são amparados e colocados em prática.

As novas modalidades familiares, juntamente com o princípio da dignidade humana, possibilitam a efetivação de um novo conceito de família, servindo de exemplo para novos princípios serem criados e, assim, sensibilizando a sociedade a reconhecer as diferenças e as escolhas de cada indivíduo (Fonseca, 2016, p. 21).

3.1.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade é interligado com o princípio da igualdade, um precisa do outro para existir, na nossa sociedade e no mundo, o ser humano só obtém liberdade quando a igualdade prevalece (Fonseca, 2016, p. 21).

O princípio da liberdade visa que cada um possa fazer sua determinada escolha, sem intervenção do Estado ou discriminação da sociedade. Nessa linha de pensamento, o doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 46) conceitua o princípio da liberdade da seguinte maneira:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral

O fato de possuir liberdade e autonomia para fazer suas próprias escolhas, sem estar limitado por um modelo “correto”, é o auge para a realização pessoal do ser humano.

3.1.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O intuito desse princípio dentro do Direito das Famílias, no primeiro momento foi para eliminar os preconceitos e tipos de tratamentos entre os homens e mulheres, conhecido por machismo (Gagliano; Pamplona Filho, 2012, p. 78).

O princípio da igualdade, embora procure que todos tenham o mesmo tratamento não só perante a lei, mas também no dia a dia, busca amparar os diferentes, que, por serem diferentes, devem ter um tratamento específico, conseguindo, assim, equilibrar as relações e amenizar as injustiças sociais (Gagliano; Pamplona Filho, 2012, p. 79).

Assim, o modelo patriarcal, que antes era o único e principal modelo familiar, vem sendo desconstruído pela sociedade, tirando a imagem do homem como o chefe de família, quebrando antigos paradigmas e construindo novas relações de igualdade e comum acordo entre os membros pertencentes a cada tipo de família (Fonseca, 2016, p. 22).

3.1.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto, apesar de não estar explícito na Constituição brasileira, é o principal norteador para definir o que é família (Dias, 2015, p. 52). Além de ser o primeiro motivo pelo qual se inicia um laço entre os indivíduos, liga vários princípios e ajuda no reconhecimento das novas modalidades familiares.

Quanto à noção referente à afetividade, Maria Berenice Dias (2015, p. 52) comenta:

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

Esse princípio é o que rege as relações familiares, passando a ter valor jurídico a ser tutelado pelo Direito das Famílias, já que diz respeito não só a ligação entre seus membros, mas também à qualidade dessas relações. Fundamenta-se na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na igualdade, sendo compreendido como a relação de amor no convívio das entidades familiares.

3.1.5 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade, consiste na conduta de companheirismo e compromisso entre os membros da relação familiar, demonstrando, assim, que o centro de tudo é o afeto.

De acordo com a Constituição vigente, o princípio da solidariedade é uma imposição constitucional para toda sociedade, tendo como essência uma visão coletiva e justa, para assim tirar o foco dos interesses individuais (Fonseca, 2016, p. 24).

Tratando-se de solidariedade no Direito da Família, compreende-se que devem ser iguais os direitos e os deveres impostos para os parceiros da relação familiar, em destaque, o auxílio e a cumplicidade dos membros.

3.1.6 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Constituir uma família, nos dias de hoje, está ligado à autonomia das partes de escolherem com quem querem ficar e como querem conduzir esse tipo de vínculo, levando, assim, a uma maior liberdade para originar um arranjo familiar. Dessa forma, devido às novas formas de administrar o núcleo da família, surgem novos modelos familiares, necessitando de reconhecimento para obter proteção do Estado (Fonseca, 2016, p. 23).

Por meio desse princípio, muitos direitos foram adquiridos, principalmente em relação ao reconhecimento de casais homoafetivos e seus direitos legais em relação à adoção e a outros fatores de extrema importância no âmbito familiar e no desenvolvimento do indivíduo na vida social (Fonseca, 2016, p. 24).

A existência de um precedente tão forte quanto o reconhecimento de casais homoafetivos, deixa uma lacuna para o Estado acerca da existência de novas modalidades familiares, fazendo com que sejam quebrados os paradigmas do passado, enaltecendo o verdadeiro valor da família para o indivíduo.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A fonte primária do Direito Civil e de todo o ordenamento jurídico é a Constituição da República, os valores previstos nela estão obrigatoriamente presentes em todas as normas existentes. Logo, se o Direito Civil entrar em conflito com o que está tutelado na Constituição será considerado inconstitucional, e, conseqüentemente inválido.

Esse conjunto de normas e princípios, hierarquizados - que regulam a vida privada e se referem à proteção da pessoa em suas mais variadas dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais) - integrados pela Constituição é definido como Direito Civil-Constitucional (Gagliano; Pamplona Filho, 2012, p. 63).

Há que se ressaltar que, o Direito Civil continuará sendo Direito Civil e o Direito Constitucional continuará sendo Direito Constitucional. Entretanto, o Direito Civil- Constitucional representa uma nova passagem metodológica, que busca compreender os institutos privados a partir da Constituição e, também eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional (Hironaka; Simão; Tartuce, 2009, p. 473).

Neste ponto, o Direito das Famílias também passa por um processo de constitucionalização, afastando-se da concepção individualista, tradicional, conservadora e elitista da época das codificações do passado (Santiago, 2015, p. 21).

Os valores fundados na dignidade da pessoa humana e adotados pela Constituição, não são compatíveis com a patrimonialização das relações civis, existindo uma primazia da realidade. Desta forma:

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio, superando o individualismo proprietário da modernidade liberal e, por igual, do individualismo de

massa do consumidor na contemporaneidade [...]. A restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais” (Lôbo, 2012, p. 59).

Tal contexto se amolda ao fenômeno jurídico-social denominado de repersonificação das relações civis, “[...] que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou retificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonificação do direito” (Lôbo, 2011, p. 22).

A repersonificação contemporânea das relações familiares evidencia o roteiro de afirmação da pessoa humana como objetivo central do Direito (Lôbo, 2011, p. 25). “A família deve existir em função dos seus membros, e não o contrário” (Gagliano; Pamplona Filho, 2012, p. 63).

O princípio da dignidade da pessoa humana, com previsão expressa no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal é o que orienta e guia o fenômeno da repersonificação. Pois, esse princípio vem com o intuito e finalidade de colocar novamente a pessoa humana como o centro do Direito Civil e não o seu patrimônio, como era antes de 1988 (Brasil, 1988).

Daí se extrai a justificativa constitucional de que a proteção a ser conferida aos novos arranjos familiares tem como destinatária direta a pessoa humana, merecedora de tutela especial capaz de garantir sua dignidade e igualdade (Farias; Rosenvald, 2013, p. 42).

A proteção da família deve estar ligada, necessariamente, à tutela do indivíduo, por meio dos princípios constitucionais, razão pela qual desequilibrar a proteção da pessoa humana sob o argumento de proteger a organização familiar representa verdadeira subversão hermenêutica, que viola a lei fundamental (Farias; Rosenvald, 2013, p. 44).

Conclui-se, portanto, que a constitucionalização do direito civil trouxe o fenômeno da repersonalização ao Direito da Família, implicando em olhar para a pessoa humana, na ciência do “ser” ao invés das relações patrimoniais, na ciência do “ter”, colocando a vontade do indivíduo em primeiro lugar.

4.1 DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS FAMÍLIAS

A intervenção mínima do Estado nas relações familiares, traduz a simples projeção da autonomia privada a elemento central das relações redigidas pelo Direito Civil, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular da seara privada. Com isso, o Estado apenas deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular (Farias; Rosenvald, 2013, p. 157-158).

Este princípio está expressamente previsto no Código Civil em seu artigo 1.513, vejamos: Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (Brasil, 2002).

Importante ressaltar que o texto de lei, realça que não é somente o Estado que está impedido de interferir na comunhão de vida, mas, também o particular. Protege-se aqui a privacidade familiar, ou seja, a intervenção mínima por quem quer que seja. Anteriormente, a atuação estatal nas relações familiares se mostrava bastante excessiva, em especial por meio da edição de normas jurídicas limitadoras da vontade do titular. O Estado adentrava as

relações familiares como objetivo de impor comportamentos padronizados que deveriam ser satisfeitos por todos os membros do grupo (Farias; Rosenvald, 2013, p. 158).

A partir da Constituição da República de 1988, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas implicou que a autonomia privada perdesse sua natureza exclusivamente patrimonial, típica do período do Estado Liberal, passando a ganhar aplicação também em relações extrapatrimoniais, como aquelas travadas no Direito das Famílias (Alves, 2010, p. 158).

Nota-se que a intervenção estatal dentro das famílias se tornou ilegal, visto que os titulares têm domínio para decidirem e escolherem livremente seus estilos de vida familiar. Sendo que, somente seria válido a intervenção nos casos de garantir o exercício da liberdade, e nada mais.

A Constituição Federal, como menciona Leonardo Alves (2010, p. 145), trouxe um novo perfil para a família, que [...] permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da sua dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmbito.

O reconhecimento do afeto tem como consequência direta permitir o exercício da autonomia privada por parte dos membros da família. Cada indivíduo, em seu espaço familiar, deve ser a liberdade para realizar sua própria dignidade de maneira que achar mais adequada, sob pena de frustração de seu projeto pessoal de felicidade (Alves, 2010, p. 148).

Com efeito, a intervenção estatal deve, apenas, tutelas a família e conferir-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições adequadas à manutenção no núcleo afetivo (Pereira, 2012b, p. 182).

Necessário então reconhecer a necessidade de banir a demasiada intervenção do Estado, impedindo-se a intervenção em aspectos da vida e da autonomia privada, afastando-se daquilo que não lhe tem importância, intervindo tão-somente para garantir os direitos e garantias fundamentais.

Por fim, conclui-se que o princípio da intervenção mínima do Estado no âmbito familiar deve ser seguido, de forma que o Estado somente em *ultima ratio* ou em circunstâncias extremas deva intervir, preservando então a regra geral da liberdade e da autonomia privada.

5. A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A MONOGAMIA COMO VALOR

É importante ressaltar que princípios são diferentes de valores, como se perceberá. Para introduzir essa constatação, vale mencionar os ensinamentos de Ávila (2012, p. 87): “[...] princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas a promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico, e por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado

de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas contribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

5.1 A MONOGAMIA COMO VALOR

Fisher (1992, p. 60), entende que a palavra “monogamia” quase sempre é utilizada de forma equivocada, na medida em que, ao se defini-la como a condição de estar casado com apenas uma pessoa por vez, não está se estabelecendo que os integrantes dessa união sejam sexualmente fieis entre si.

Com isso, não necessariamente implicaria a infidelidade, de forma que a monogamia e fidelidade não são termos sinônimos. Mesmo porque o adultério, em geral, decore do estabelecimento da prática da monogamia (Fisher, 1992, p. 60).

Literalmente, monogamia significa estar casado com uma pessoa. E o casamento é entendido como uma instituição social que envolve um compromisso legal entre duas pessoas. Nesse cenário, nenhuma dessas definições menciona o amor ou o sexo (Brandon, 2010, p. 7-8).

Donizetti e Quintella (2013, p. 909) delimitam a monogamia como uma regra de comportamento de acordo com a qual um indivíduo apenas pode ter, ao mesmo tempo, um vínculo conjugal com uma única pessoa. Seria, portanto o oposto da poligamia, que autoriza o relacionamento conjugal com mais de um parceiro.

A ordem jurídica pátria defende com firmeza a monogamia. Embora não tenha sido prevista expressamente na Constituição da República de 1988, ela se revestiu da qualidade de um verdadeiro axioma pela doutrina, encontrando apoio na legislação infraconstitucional e na sociedade, cuja orientação é judaico-cristã (Ferrarini, 2010, p. 92-93).

Nesse sentido, Luiz Ferrarini (2010, p. 92):

Não se pode olvidar, todavia, que a crise do sistema monogâmico apresenta-se patente. Paulatinamente, a situação de exclusividade do casamento e o casamento exclusivo, monogâmico e indissolúvel vem decrescendo. Na realidade, a família brasileira, no plano social, sempre foi plural, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de vários perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente à união conjugal.

Assim, se torna necessário desconstruir essa concepção clássica e inquestionável da monogamia, desvinculando a entidade familiar de valores ultrapassados, cuja rigidez diz respeito a setores preconceituosos da sociedade, que não refletem o que a Constituição da República de 1988 e o Código Civil estabelecem.

O princípio da monogamia não está em consonância com inúmeros outros que norteiam o Direito das Famílias, não respeita a dignidade da pessoa humana, liberdade à orientação sexual, liberdade nas relações familiares, à autodeterminação afetiva, entre outros. Desta forma, essa falta de compatibilidade com os outros princípios, caracteriza a monogamia como um valor e não um princípio (Santiago, 2015, p. 122).

Assim, as normas indicam uma ação igualmente boa para todos, ao passo que os valores indicam um comportamento que é bom para aqueles que compartilham do mesmo mundo dos valores. Aquilo que é melhor para todos, não necessariamente coincide com aquilo que é melhor para os mais variados mundo dos valores (Santiago, 2015, p. 123).

5.2 A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO

Como já observado, a família vem sofrendo inúmeras modificações. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 63):

Observamos, então, que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser especial destinatária das normas de Direito de Família.

Os vínculos de afetividade projetam-se no âmbito jurídico como essência das relações familiares. O afeto consubstancia a diferença que define a entidade familiar.

Representa o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diário, como decorrência de uma origem comum ou em razão de um destino comum que faz unir suas vidas de forma íntima, gerando efeitos patrimoniais e morais (Pereira, 2013a, p. 35).

Fica fácil perceber que o afeto consubstancia elemento essencial de qualquer núcleo familiar, inerente a todo relacionamento conjugal ou parental. Contudo, nem todo afeto dá origem a uma entidade familiar. O que se defende é que o afeto familiar é necessário como garantia da existência de uma família (Pereira, 2013a, p. 212).

Dessa forma, como bem ressalta Caio Pereira (2012b, p. 223):

[...] a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor a princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linguagem masculina [...]. A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade [...]

O aludido autor estabelece, ainda, que o princípio da afetividade é a base para todos os outros, não obstante seja o mais novo deles. Pode ser, inclusive, qualificado como tal a partir do momento em que as relações familiares deixam de ser essencialmente uma esfera econômica e de reprodução (Pereira, 2010, p. 49).

Por fim, o princípio da afetividade, em conjunto com outros princípios, fez nascer outra compreensão para o Direito das Famílias, edificando novos paradigmas no sistema jurídico brasileiro (Pereira, 2010, p. 50), que refletem a promoção da dignidade e da personalidade dos membros da entidade familiar, a valorização do afeto, a priorização de sua autodeterminação afetiva e a garantia da igualdade e da liberdade de construir família, que passa a merecer uma especial proteção por parte do Estado.

5.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO ALICERCE PARA A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

A constituição de uma família traduz um ato de liberdade, tal como formalmente prevista a liberdade, seja a família oriunda do casamento ou não. Representa o desejo de fundar uma unidade que se qualifique como família, de forma que tanto o seu ingresso quanto a sua saída diz respeito a um ato da autonomia privada (Fachin, 2003, p. 76).

O fundamento jurídico para a formação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo – atributo intrínseco e inegável da pessoa humana – pode ser encontrado na consagração constitucional da liberdade e da igualdade sem distinção de qualquer natureza, bem como da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (Fachin, 2003, p. 121)

O Direito representa como um fenômeno cultural, com larga criatividade humana, voltado à garantia de uma convivência justa, solidária e pacífica na sociedade, devendo proteger os interesses individuais do ser humano, assegurando-lhe um âmbito de liberdade para gozar dos direitos inerentes à sua personalidade (Maluf, 2011, p. 61).

Destarte, o afeto define o núcleo familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, formada para o desenvolvimento e promoção da pessoa, não se coadunando com a violação da natural confiança depositada entre seus integrantes, que se relaciona com a contemplação da sua dignidade humana, garantida constitucionalmente (Farias; Rosenvald, 2013, p. 154)

Além disso, Cristiano e Nelson (2013, p. 154) ensinam que

[...] o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a dignidade de todos. Em síntese, é a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

Assim, o afeto é o princípio necessário para a comunhão plena de vida entre os cônjuges/conviventes, tornando o convívio familiar mais humano e tranquilo. Edificando então, no sistema jurídico brasileiro novos paradigmas e perspectivas dentro do Direito das Famílias.

6. O POLIAMOR

O “poliamor” é um instituto que, basilaramente, dispõe acerca de um relacionamento no qual um sujeito se envolve com mais de uma pessoa e existe o consentimento e o conhecimento por todas elas acerca de suas relações afetivas (Lins, 2007, p. 339).

Nesse relacionamento uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Pois não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente (Lins, 2007, p. 339).

O poliamor pressupõe uma total honestidade no seio da relação, não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela. A ideia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. (Lins, 2007, p. 340).

E ainda, aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação (Lins, 2007, p. 340).

Em outras palavras, o poliamor é “opção ou modo de vida que defende a possibilidade prática e sustentável de se estar envolvido de modo responsável em relações íntimas, profundas e eventualmente duradouras com várias/os parceiras/os simultaneamente” (Lins, 2007, p. 330).

Conclui-se que o poliamor tem como base a honestidade durante toda a relação, não sendo um relacionamento que coaduna com a enganação e com a mágoa de seus participantes. Afinal, todas as partes envolvidas têm total ciência da situação em que se encontra e se sentem confortáveis e à vontade com ela.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a ausência de proteção legal aos praticantes do poliamor, o presente trabalho demonstrou que existe a possibilidade concreta de reconhecer judicialmente o poliamor, bem como ter seus efeitos regulados, a partir das normas jurídicas e do atual cenário do Direito das Famílias.

O estudo da Antropologia faz o estudo e a análise das novas formas de relações familiares, quebrando a ideia de um único parâmetro ou um “parâmetro ideal” de família. Com isso, constitucionalização do Direito Civil, implicou em uma releitura de suas regras e princípios à luz da Constituição, refletindo diretamente na repersonalização do Direito das Famílias, que teve como consequência o surgimento a família eudemonista que preza pela busca da felicidade, a família existe em razão dos seus membros e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana.

Em relação à formação da entidade familiar, ela é permeada pelo exercício da autonomia, da autodeterminação afetiva e da liberdade de constituir família, sendo vedado ao Estado violar esses valores em nome de uma padronização inconstitucional e ilegítima dos relacionamentos, por intermédio do princípio da intervenção mínima estatal. Afinal, a família eudemonista, paradigma que orienta a entidade familiar contemporânea brasileira, é avessa a imposições unilaterais no espaço familiar, o qual se torna próprio para o alcance da realização existencial e da felicidade íntima e coexistencial.

Em relação à monogamia, não existe no ordenamento jurídico qualquer dispositivo ou referência para enquadrá-lo como princípio, chegando à conclusão de que a monogamia é um valor, pois a monogamia traduz um comportamento que somente é bom para aqueles que compartilham dos mesmos valores – sejam culturais, religiosos ou moral - aquilo que é melhor

para um, não necessariamente coincide com aquilo que é melhor para os mais variados mundo dos valores. Até por que, uma interpretação em sentido contrário afrontaria dos fins do Direito das Famílias como um todo.

Em face da dignidade da pessoa humana, da liberdade nas relações familiares, na solidariedade familiar, da igualdade, da afetividade, da especial proteção reservada à família, do pluralismo das entidades familiares, da mínima intervenção Estatal, constata-se que o poliamor é capaz de originar entidades familiares, merecendo a proteção do Direito.

Reconhecer o poliamor juridicamente significa respeitar a primazia de seus componentes em detrimento de qualquer dogma do Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana, não só possibilita, mas sobretudo, obriga esse reconhecimento, que implicará uma verdadeira promoção da dignidade de seus praticantes, na medida em que estes deixarão de estar à margem da proteção normativa e ingressarão no mundo da segurança jurídica.

Ao reconhecer o poliamor o Estado estará provendo o mínimo existencial para seus praticantes, no sentido de contemplar seus anseios existenciais pertinentes à formação de uma família poliamorosa, assegurando o respeito à sua legítima expectativa de se inserir na sociedade a partir de sua própria identidade relacional. Com isto, resta concluir pela inconstitucionalidade da distinção que se realiza entre as famílias monogâmicas e poliamorosas, visto que, em respeito à dignidade da pessoa humana, é indigno diferenciar os vários tipos de constituição familiar.

O poliamorismo é permeado pela afetividade, isso significa que os vários conceitos de relação poliamorosa devem ser analisados sob a ótica da afetividade para se construir sua proteção normativa. Assim, o afeto é o elemento capaz de justificar o reconhecimento jurídico do poliamor.

Não é mais possível que continuem a negar direitos fundamentais a sujeitos que constituem arranjos familiares fundados no afeto, no respeito mútuo, na confiança, na honestidade e na solidariedade. O Direito não pode chancelar injustiças, ainda que seja preciso flexibilizar comandos jurídicos. Regras, princípios e valores podem ser flexibilizados, mas a felicidade e a dignidade do ser humano não. O Direito não existe apenas para garantir a observância estrita de regras e princípios, mas para assegurar a fruição de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 mar. 2024.

- BRANDON, Marianne. *Monogamy: the untold story*. Santa Barbara: Praeger, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FISHER, Helen E. *Anatomía del amor: história natural de la monogamia, el adultério y el divorcio*. Tradução Alicia Plante. Barcelona: Anagrama, 1992.
- FONSECA, Lorrane Silva. *Os critérios de reconhecimento da família paralela e a desjuridicização da fidelidade*. 2016. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9165/1/21174778.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.
- FOX, Robin Lane. *Parentesco e Casamento Uma Perspectiva Antropologia*. São Paulo: Vega, 1986.
- FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. In:
- MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- JELIN, Elizabeth. *Pan y afectos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1998.
- LINS, Regina Navarro. *A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo*. Rio de Janeiro: Ed. Best Seller Ltda, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Livro Eletrônico.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Uma principiologia para o direito de família. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Leituras complementares de direito civil: direito das famílias*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e Monogamia: Construindo diferenças e hierarquias. *Revista Ártemis - Estudos de Gênero, Feminismos e Sexualidades*, João Pessoa, v. 13, n. 13, jan./jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/14231/8159>. Acesso em: 19 mar. 2024.
- SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e o Direito das Famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.
- SARTI, Cyntia Andersen. Antropological contributions to study of the Family. *Psicologia-USP*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 69-76, 1992.
- VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. 2017. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ViegasCM_1.pdf. Acesso em: 19 mar. 2024.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/11/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/02/23
- Avaliação 1: 24/12/2023
- Avaliação 2: 05/03/2024
- Decisão editorial preliminar: 09/03/2024
- Retorno rodada de correções: 27/05/2024
- Decisão editorial/aprovado: 30/05/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

PESSOAS TRANS E RECONHECIMENTO DE DIREITOS: ANÁLISE JURÍDICO-SOCIOLOGICA SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2016-2021)¹

TRANS PEOPLE AND RECOGNITION OF RIGHTS:
LEGAL-SOCIOLOGICAL ANALYSIS OF THE DECISIONS
OF THE SUPREME FEDERAL COURT (2016-2021)

RAINER BOMFIM²

RESUMO

Este trabalho, sob a metodologia jurídico-sociológica, analisa se o reconhecimento de direitos à população trans apresenta-se como um novo paradigma de sujeitos. A hipótese é que, após uma litigância estratégica junto ao Supremo Tribunal Federal, existe um novo paradigma de sujeito que reconhece formalmente as pessoas trans como sujeitos dentro de diversidade. O trabalho se justifica pela necessidade de buscar a proteção das minorias dentro do Estado Democrático de Direito e entender qual é o papel desempenhado pela institucionalidade jurídica. Tem-se na conclusão a confirmação da hipótese inaugural.

Palavras-chave: direito constitucional; direitos LGBTQIAPN+; pessoas trans; reconhecimento; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work, under the juridical-sociological methodology, analyzes whether the recognition of rights for the trans population presents itself as a new paradigm of subjects. The hypothesis is that, after a strategic litigation with the Federal Supreme Court, there is a new paradigm of subject that formally recognizes trans people as subjects within diversity. The work is justified by the need to seek the protection of minorities within the Democratic State of Law and understand the role played by legal institutions. The conclusion confirms the initial hypothesis.

Keywords: constitutional right; LGBTQIAPN+ rights; trans people; recognition; Supremo Tribunal Federal.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 concedido ao autor.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa de pesquisa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito da Previdência Social pela FAVENI. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor do curso de Direito e Coordenador do Núcleo Jurídico de Estudos e Práticas da Faculdade Doctum - Unidade João Monlevade/MG. Professor Substituto de Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Governador Valadares. Membro do Grupo de Pesquisa RESSABER-UFOP e Retrabalhando o Direito - PUC/MG. Editor-adjunto da Revista da Faculdade Mineira de Direito (A1). Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2934-0653>

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BOMFIM, Rainer. Pessoas trans e reconhecimento de direitos: análise jurídico-sociológica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal (2016-2021). *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 159-175, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.8973>.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa jurídico-sociológica analisa o reconhecimento de direito das pessoas trans³. Como hipótese tem-se que, após uma litigância estratégica junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), existe um novo paradigma de sujeito que reconhece institucionalmente as pessoas trans. Das decisões que foram proferidas pelo STF observa-se que foram considerados princípios que visam a igualdade, a autonomia privada, a autodeterminação dos sujeitos e também o reconhecimento da identidade de gênero como um direito fundamental.

A justificativa desse trabalho se demonstra na existência de uma sociedade que exclui e nega o acesso aos corpos que não performam o sistema heterocisnormativo. Essa narrativa foi e ainda é performada pelo direito, contudo, com as recentes decisões do STF percebe-se a abertura de um novo paradigma (ainda incompleto) para o reconhecimento de outras identidades.

Adverte-se, desde já, que a materialidade da vivência desses corpos não pode ser definida apenas pelo acesso formal aos direitos, que muitas vezes também lhes são negados. Assim, o recorte metodológico desta pesquisa é entender se existe uma pluralização do reconhecimento do sujeito de direito e se é possível articular novos direitos, desocultar sujeitos e propulsionar a releitura de antigos institutos diante dessa abertura institucional.

Para a comprovação da hipótese deste artigo subdivide-se o trabalho em três partes. A primeira objetiva-se adequar as ações institucionais de direitos LGBTQIAPN+⁴ como uma litigância estratégica de direitos humanos. A importância de deixar nítida essa forma de litigância é demonstrar a sua potência na seara institucional da população LGBTQIAPN+. Em ato contínuo apresenta-se as principais decisões que conferem direitos LGBTQIAPN+ entre 2016 a 2021 junto ao STF e, por fim, discute-se quanto a existência de um novo paradigma de sujeito para as pessoas trans, limitações e desafios.

A vertente metodológica predominante na pesquisa é a jurídico-sociológica, pois a pesquisa se propõe a compreender a relação dos fenômenos sociológicos e o fenômeno jurídico, na medida em que investiga um novo paradigma de sujeitos vindo das decisões jurídicas do STF de 2016 a 2021.

2. LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA DE DIREITOS LGBTQIAPN+

Nesta seção analisa-se o papel das litigâncias estratégicas na busca por direitos LGBTQIAPN+. Um litígio estratégico é aquele na qual as relações envolvidas em determinada área de litigância transcendem às partes daquele caso e contribuem para os direitos humanos e justiça social (Gomes, 2019). Esses operam nas encruzilhadas e tem uma preocupação com a transformação social que pode ser alcançada⁵ (Gomes, 2019).

3 Pessoas trans são aquelas que não se identificam com o gênero atribuído socialmente. No presente artigo o termo “trans” se mostra um termo guarda-chuva que abrange as identidades de pessoas transexuais, transgêneros, travestis e pessoas não-binárias.

4 O acrônimo se refere a Lésbicas, Gays, Bissexuais, população Trans, *queers*, Intersexuais, assexuais (agêneros), pansexuais, não-binários e o “+” demonstra a abertura para novas minorias sexuais.

5 Ressalta-se que nem todo litígio estratégico sempre terá um viés progressista ou emancipador (Gomes, 2019).

Dessa forma, quando se fala em litigância estratégica refere-se ao ato de promover mudanças sociais através de mecanismos processuais e dos Tribunais como forma de trazer para o centro do direito aquilo que se encontra às margens. É a utilização estratégica de instituições regionais, nacionais e supranacionais para se obter o reconhecimento jurídico.

A busca pelo poder institucional é um movimento nítido de luta daqueles e daquelas que podem ou não falar em determinado contexto social (Spivak, 2010). Assim, quem está fazendo esse uso é, nesta análise, um grupo minoritário/vulnerável⁶ em determinada sociedade, que reivindica o reconhecimento de seu status como igual e/ou também o reconhecimento da legitimidade de existência de sua diversidade.

Começa-se, então, por caracterizar o que/quem são aqueles que procuram o uso do Judiciário para o reconhecimento de direitos ligados as minorias de identidade de gênero e orientação sexual.

2.1 PADRÃO DE SUJEITOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na formação dos Estados-nacionais europeus o Direito Moderno assimilou (e impôs) todas as pessoas que viviam sob uma fronteira como sendo uma mesma “nação” – um grupo homogêneo que teria a mesma origem, etnia, religião, passado, etc (Bahia, 2017). Destaca-se aqui que o processo de colonização foi feito com a expansão de outros países perante terras da atual América Latina. Essa imposição colonial acontece por diversas formas, seja física, epistemológica ou mesmo a cultural.

Durante muito tempo grupos étnicos, religiosos, culturais, sexuais minoritários estiveram à margem em relação ao próprio interesse do Estado. Este tinha um foco de reconhecimento de direitos apenas para aqueles⁷ que estavam performando o hegemônico. De igual forma, a afirmação universal que dizia que todos os homens eram livres e iguais também era cega às diferenças que havia entre o padrão (homem, cristão, europeu, cisgênero e heterossexual) e o outro: a mulher, o/a negro/a, o/a louco/a, o *herege*, os povos originários e quem não se identificava com a identidade de gênero/sexualidade/orientação sexual dominantes, é dizer, a minoria LGBTQIAPN+. Basta apenas dizer que se trata não apenas de um grupo numericamente inferior, mas, principalmente, de uma população que sofre, estruturalmente, discriminação e violência em razão de sua diferença ao signo do sujeito hegemônico. Seja por razões morais, religiosas, culturais, políticas, etc., pessoas LGBTQIAPN+, principalmente pessoas trans, têm um acesso prejudicado às esferas que deliberam e que criam o Direito, razão pela qual, frequentemente, têm utilizado das diversas formas de litigância estratégica ao redor do mundo para a efetivação de direitos. Essa situação possui níveis diferentes entre os membros da própria minoria (por exemplo, homens cisgêneros gays têm, em geral, maior acesso aos direitos face as travestis, por exemplo) e também quando se considera a intersecção de realidades como cor, classe, etnia, deficiência etc. Essas diferenças precisam ser pensadas e articuladas pelo próprio movimento LGBTQIAPN+ ao propor suas ações institucionais para a pluralização do sujeito epistêmico do Direito (Máximo Pereira; Bersani, 2020).

6 Ao relacionar a litigância estratégica com minorias não se desconsidera que também grupos privilegiados podem fazer uso (e fazem) dos mesmos mecanismos. O que se chama a atenção aqui é que, particularmente no Brasil, minorias têm tido barradas propostas de criação de normas no Legislativo Federal, ficando o Judiciário como única alternativa.

7 O masculino sem a flexão é utilizado de forma intencional.

Seja o paradigma liberal, seja o social de Direito, estes não foram capazes de reconhecer a *diferença* como fator fundante do Estado. O primeiro realizava uma total indiferença ao proteger apenas homens burgueses e proprietários. O segundo com o excesso do dirigismo realizava um condicionamento do que era *vida boa e justa* dentro da sociedade, sem admitir as diferenças. Somente com a crise e eclosão destes paradigmas, na segunda metade do século passado, é que grupos minoritários de identidade de gênero e orientação sexual puderam (ainda de forma parcial) reivindicar dentro dos aparatos institucionais sua luta por reconhecimento, com a percepção de que igualdade não poderia significar apenas isonomia ou equidade, mas que também possui a dimensão da diversidade. O Estado precisa reconhecer e, principalmente, dar condições de existência aos grupos minoritários.

O Sistema do Direito, no entanto, tem apresentado uma resistência em incorporar tais reivindicações porque, entre outras coisas, a circulação formal do poder foi construída sob o princípio da maioria, seja diretamente a maioria numérica, seja, em sentido político, a maioria que detém os meios para gerar os *inputs* e *outputs* do sistema. Isso é uma armadilha da modernidade. O sistema de reconhecimento encontra-se como uma armadilha para as demandas das minorias (Segato, 2012).

O Legislativo e os partidos, então, não foram pensados para incorporar demandas de minorias. Estas tiveram que entrar no sistema político-partidário com a esperança de que suas demandas poderiam ser introduzidas nas plataformas generalistas com as quais os partidos foram criados. Nos países do Norte⁸ têm havido mudanças aqui e ali de forma que partidos tradicionais passaram a incorporar demandas por reconhecimento de grupos minoritários – ou foram criados partidos novos sob tais bandeiras, como partidos que defendem minorias étnicas.

No caso dos LGBTQIAPN+, a luta dentro dos partidos/Parlamentos tem conseguido a aprovação de leis de reconhecimento de direitos e de proteção contra a violência ao redor do mundo. O Brasil segue, ainda, sendo uma exceção (quanto ao Legislativo Federal) em relação a edição de leis que reconhecem direitos à população LGBTQIAPN+, sendo um caso isolado na América Latina.

Nem sempre, todavia, as demandas conseguem ingressar (ou ter sucesso) na arena institucional de formação da vontade pública e o Judiciário acaba sendo a via pela qual aquelas conseguem ser reconhecidas. Um paradigma nesse sentido é o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, julgado em 1954 pela Suprema Corte dos EUA que apenas chegou às instâncias máximas do Judiciário em razão do *advocacy* feito pela *Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor* (NAACP, na sigla em inglês), que viu no caso uma oportunidade para revogar o precedente que havia estabelecido a constitucionalidade da separação entre brancos e negros nos EUA e, por isso, forneceu os advogados e a estrutura necessários para conduzir o caso (Bahia, 2017).

Também nos EUA, no que toca a direitos de pessoas LGBTQIAPN+ há que se considerar o complexo sistema federativo daquele país, o que fez com que os Parlamentos de alguns Estados reconhecessem direitos, enquanto outros, expressamente, aprovavam leis os restringindo – inclusive no nível federal, basta lembrar a DOMA (Lei de Defesa do Matrimônio), de 1996 – ou até criminalizando ser LGBTQIAPN+, como as leis contra a sodomia (Bahia, 2017). Foi necessá-

8 Este conceito é pensado em termos geopolíticos e não apenas em termos geográficos.

ria a atuação de ONG's e advogados pedindo a intervenção da Suprema Corte para uniformizar a questão, nem sempre de forma positiva: basta lembrar a péssima decisão dada em *Bowers v. Hardwick*, de 1986, em que a Corte afirmou a constitucionalidade de uma lei criminalizava a sodomia. Esse precedente apenas foi totalmente revogado (*overruled*) em 2003, em *Lawrence vs. Texas*, no qual uma das partes foi representada pela ONG *Lambda Legal Defense and Education*⁹ (Bahia, 2017). Para a afirmação do direito ao casamento – como dito, já reconhecido em alguns Estados e negado em outros, assim como no âmbito federal – foram necessárias duas decisões da Suprema Corte: em 2013, ao julgar os casos *US. v. Windsor* e *Hollingsworth v. Perry* se entendeu serem inconstitucionais a DOMA e a Proposition 8 da Califórnia, de 2008, que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Bahia, 2017). Somente em 2015, no entanto, ao julgar *Obergefell v. Hodges* é que a Corte estabeleceu que o casamento era um direito fundamental que não poderia ser negado a pessoas do mesmo sexo (Bahia, 2017).

É por isso que a litigância estratégica de direitos humanos, em especial de direitos de pessoas LGBTQIAPN+, se mostra tão importante no contexto atual. Essa litigância é uma forma de utilização contra hegemônica dos aparatos institucionais – seja em âmbito internacional ou nacional - e deve ser feita de forma pensada, articulada e delimitada.

No caso do Brasil, a omissão do Legislativo federal, assim como a incapacidade de partidos colocarem uma agenda LGBTQIAPN+ como bandeira institucional, tem feito com que numerosas iniciativas individuais de projetos de lei que garantam direitos e/ou busquem refrear a discriminação e a violência sejam, todos, sem exceção, arquivados sem deliberação final. A ausência de respostas pelo Legislativo, principalmente, o federal tem um efeito de aumento na litigância estratégica perante o Judiciário.

Algumas conquistas vêm conseguindo alçar direitos como o caso da União Estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar¹⁰ (Brasil, 2011), a adoção conjunta por casais homoafetivos¹¹ (Brasil, 2015), a luta pelo direito de não ser discriminado nas forças armadas¹², equiparação entre os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros do mesmo sexo¹³, direitos das pessoas transgênero ao respeito à sua identidade de gênero¹⁴, direito das pessoas intersexuais¹⁵ e a criminalização da LGBTQIAPN+fobia^{16_17} (Brasil, 2019), que algumas delas serão estudadas a seguir (Vecchiatti, 2019). Todas essas litigâncias têm uma estratégia comum que é levar o Estado a reconhecer dentro das suas narrativas institucionais a importância e a existência de vidas de pessoas LGBTQIAPN+. Os meios que foram articulados foram as institucionalidades judiciais.

9 Antes disso, em 1996, a Suprema Corte, no caso "Romer v. Evans", entendeu que era inconstitucional emenda constitucional estadual que proibia o Estado e seus Municípios de criarem leis protetivas a homossexuais.

10 Supremo Tribunal Federal - ADPF 132/ ADI 4277; Superior Tribunal de Justiça – RESP 1.183.378/RS; Conselho Nacional de Justiça – Resolução 175/2013.

11 STF – RE 615.261/PR; RE 846.102/PR; STJ – RESP 1.281.093/SP, RESP 889.852/RS..

12 STF ADPF 291.

13 RE 646.721

14 STF ADI 4275; RE 670.422/RS; TSE – Consulta 0604054.58.2017.6.00.0000.

15 Opinião Consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos n° 24/2017.

16 Os autores não ignoram a problemática da utilização do sistema penal e também da atuação necropolítica do Estado em relação às pessoas negras. Entende-se aqui que a utilização do Judiciário foi uma forma estratégica de efetivação de medidas para combater o extermínio latente da população LGBTQ+. O Brasil mesmo após a criminalização da LGBTQ+fobia continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo. Consideramos sim a existência desse perfil e vemos o extermínio dos LGBTQ+, mas o Legislativo realizava uma omissão e o Executivo não se mostrava aberto à essas políticas, como é o caso do atual Presidente da República. A escolha dessa medida é uma litigância estratégica que foi criada por juristas brasileiros.

17 STF - MI 4733; ADO 26.

O Estado precisa sair da esfera de apenas reconhecer o direito (como uma forma de igualdade formal) para uma postura ativa (igualdade material) e com diversos vieses de reconhecimento (igualdade como diversidade) (Bahia, 2017). Assim, em termos de acesso aos direitos e proteção das vidas de pessoas LGBTQIAPN+, pensando em formas propositivas, é preciso fazer uma maior conexão entre a Justiça do Reconhecimento com a Justiça Redistributiva junto aos setores institucionais (Fraser, 2006). Um outro passo é a pluralização daquelas e daqueles que realizam essas proposições de litígios estratégicos para a formação de uma frente ampla de atuação institucional.

Quando se trata da litigância estratégica para a efetivação de direitos LGBTQIAPN+ devem ser analisadas e averiguadas as reais possibilidades de provocar mudanças sociais junto ao movimento LGBTQIAPN+ e aos setores sociais, as limitações políticas existentes, o contexto que está inserido e quais são os paradoxos existentes que permeiam ali as suas práticas para ser evitado o reconhecimento de direitos para apenas uma parcela da população LGBTQIAPN+. É a utilização do *advocacy* nas pautas de direitos LGBTQIAPN+.

Ademais, precisa-se pensar em uma forma de luta em que seja possível a percepção de direitos por toda a população LGBTQIAPN+ e articular para o reconhecimento de práticas, identidades e agendas não hegemônicas como parte de uma agenda pública (Gomes, 2021). É preciso que o Estado brasileiro adote uma política antidiscriminatória para que se consolide uma cultura política democrática, transparente e participativa (Moreira, 2020).

Essa discussão está vinculada a um planejamento da agenda de direitos e possibilidades de reconhecimento das materialidades de vida perante a institucionalidade. A concepção de direitos humanos e da luta de direitos LGBTQIAPN+ deve compreender um planejamento, organização e execução de uma litigância que pensa os direitos humanos de forma complexa, crítica, localizada e que entende os seus diferentes impactos, aspectos e dimensões (Gomes, 2021).

Para entender essa lógica é preciso olhar para as disputas institucionais e observar o que já vem sendo construído para criticamente projetar o futuro.

3. PANORAMA DAS PESSOAS TRANS

Quando se fala da realidade das pessoas trans percebe-se a institucionalização de uma lógica que exclui as pessoas trans das esferas institucionais, do mercado de trabalho, seja mediante postos precariamente ocupados (como prostituição, salões de beleza ou telemarketing) ou mesmo pela informalidade e desemprego. As exclusões são realizadas dentro de um ambiente laboral e de convívio, em razão de uma construção histórica-jurídica homogênea de sujeitos de direitos dentro da modernidade (Bento, 2002, p. 22-56), baseada na subjetividade universalista masculina, branca, burguesa, cristã, eurocêntrica e heterocisnormativa (Máximo Pereira; Muradas, 2018, p. 2221-2227).

Aquelas/es que não se adequam ao padrão normativo são gradativamente exterminadas/os, pois são consideradas/os vidas não passíveis de luto (Butler, 2019b, p. 15-22). Em alguns casos, pessoas trans, nem mesmo depois de mortas, têm sua identidade de gênero respeitada, visto que são enterradas com o seu nome de registro (Benevides; Nogueira, 2019, p. 22-26;

Bomfim; Salles; Bahia, 2020). São números de estatísticas não-oficiais, em um estado ontológico de desumanização permanente, sendo que foi estimado que 42% da população trans já tentou suicídio (Benevides; Nogueira, 2019, p. 22-26).

Dessa forma, observa-se que mulheres trans e travestis têm a expectativa de vida de 35 anos (Benevides; Nogueira, 2019, p. 22-26). Assim, o que se percebe é que além de excluir o diferente da sociedade, acontece, ainda, um extermínio das pessoas trans e travestis. Esse parâmetro de exclusão por muitos anos foi legitimado pela institucionalidade, seja pela inexistência de ações práticas como também pela omissão institucional por parte do Estado. A maioria e o regramento majoritário alçado no bojo da modernidade é construído intencionalmente para excluir pessoas. A escolha da exclusão de determinados sujeitos se releva como uma omissão e uma ação de deixar morrer.

Pensando nestas ações, existe com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a implementação do Estado Democrático de Direito que apresenta a necessidade da pluralização do paradigma de reconhecimento jurídico e um reconhecimento institucional das realidades de minorias.

Nesta feita, mesmo essa implementação do paradigma institucional nos anos 90 teve-se apenas a partir de 2010 uma articulação para pensar em garantir direitos para as minorias em termos de identidade de gênero e orientação sexual.

3.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.275/2018

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/2018 versou sobre a possibilidade de averbação do prenome¹⁸ e do gênero autodeclarado no registro civil independente de laudo diagnóstico ou de tratamento hormonal.

O relator da ação foi o Ministro Marco Aurélio e em seu voto defendeu que em um Estado Democrático de Direito é preciso viabilizar a dignidade da pessoa humana e que ela possa se identificar da maneira como é escolhida (Brasil, 2018). O julgamento do ministro foi quanto a interpretação dada ao art. 58 da Lei nº 6.015/73, conhecida como Lei de Registros Públicos, conforme o entendimento constitucional dos artigos 1º, III, 3º, IV e 5º, *caput* e X (Brasil, 2018).

Foi apontado que o paradigma do Estado Democrático de Direito não pode negar o reconhecimento da identidade de um indivíduo com base em valores morais e deve se pautar na diversidade e no pluralismo como elementos constitutivos da sua construção.

Um ponto importante foi o reconhecimento no voto que critérios biológicos não são suficientes para afirmar a identidade de gênero do indivíduo. Esse reconhecimento é especialmente importante quando se trata de entender o gênero como algo construído socialmente e não biológico. O voto do ministro demonstra explicitamente este entendimento. Assim, o relator proferiu o seu voto julgando parcialmente o pedido para entender que é possível a alteração de registro civil como uma situação excepcional e manteve que não é preciso que haja cirurgia, mas sendo necessário a autorização judicial para a alteração. O voto do ministro foi vencido no ponto da necessidade da autorização judicial.

18 Existe também a possibilidade da alteração e exclusão do agnome.

O redador do acórdão foi o ministro Edson Fachin. De tal foram que ele dividiu o seu voto em 5 premissas com bases constitucionais, convencionais, doutrinárias, dos precedentes e a sua conclusão. Veja-se:

- 1.1. **Premissas Primeira:** O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecer-la, nunca de constituí-la.
Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.
- 1.2. **Base constitucional:** o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e **base convencional** (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto).
- 1.3. **Base doutrinária.** O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk em “Princípio da Dignidade Humana (no Direito Civil)”; Carlos Santiago Nino em “Ética y Derechos Humanos”; Stéfano Rodotà; e Álvaro Ricardo de Souza Cruz em “(O) Outro (e) (o) Direito”.
- 1.4. **Base em precedentes.** o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e, especialmente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos; especificamente citam-se os seguintes: o RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli; a ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio; Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Identidade de Gênero e Igualdade e NãoDiscriminação.
- 1.5. **Conclusão do voto:** julgo procedente a presente ação direta para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. (Brasil, 2018, p. 2-3, grifos e negritos do original)

Importante destacar que o ministro reconhece o direito fundamental à identidade de gênero que se encontra inferido nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º III, CRFB/88), da não-discriminação (art. 3º, IV, CRFB/88), da igualdade e da liberdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88) e da privacidade (art. 5º X, CRFB/88). Ainda no voto o ministro afirma que lhe parece atentório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e psíquica e da autonomia condicionar o direito à identidade à realização de cirurgia, tratamento hormonal ou outros procedimentos.

Ademais, é importante destacar que o ministro realiza um controle de convencionalidade quanto a adequação das decisões com tratados internacionais, especialmente, o Pacto São José da Costa Rica, o que demonstra a coerência da decisão proferida. Isso demonstra que o seu entendimento está ancorado nas mais diversas legislações para a afirmação da identidade como algo inerente ao sujeito.

Destaque para o trecho do voto em que o ministro afirma que o Brasil caminha contra a marginalização de sujeitos e aduz que o Estado deve promover o acesso aos direitos fundamentais, tais como a identidade (sendo esta um direito inerente à personalidade).

Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, **torna-se necessário assegurar às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática** (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, sejam elas quais forem, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, ‘Fundamentos de Direito Constitucional’, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País. (Brasil, 2018, p. 13, grifo nosso)

Este voto foi seguido integralmente por Celso de Melo e Cármen Lúcia. O relator Marco Aurélio foi voto vencido em maior extensão quanto ao julgamento da ADI e outros ministros em menor extensão, como Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – que exigiam autorização judicial para a alteração.

Embora alguns ministros tenham ficado vencidos, eles apresentaram as suas posições quanto a necessidade de reconhecimento das identidades como um desdobramento do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. É importante destacar que essa decisão respeita o direito constitucional à dignidade, à intimidade, à autonomia privada, à honra, à imagem, à não-discriminação, à identidade e à autodeterminação de seu gênero e identidade de gênero. No âmbito internacional, além das decisões mencionadas tem-se a Opinião Consultiva nº 27/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão da Organização Mundial da Saúde de excluir a transexualidade do capítulo de doenças mentais da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID).

Em junho de 2018, a decisão foi posteriormente regulamentada pelo Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e de casamento de pessoas transgeneros no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Ainda sim tem-se o RE 670.422, em agosto de 2018, julgado sob o tema 761 de repercussão geral, que confirma o julgamento da ADI nº 4.275/2018. Neste julgamento ficou definido que não era dependente a ordem judicial para a realização da alteração do prenome e gênero do Registro Civil.

Os casos analisados se tratam como um situação de reconhecimento da igualdade jurídica, pois a partir da ação de um litígio estratégico tem-se a eliminação de preconceitos e de entraves sociais que permitam a convivência em sociedade por parte daqueles indivíduos (Silva, 2019, p. 99). Afirma-se ainda mais, pois quando se tem esse reconhecimento tem-se um potencial de proporcionar a existência da liberdade de expressão daquele grupo (Silva, 2019,

p. 99). Acontece aqui uma possibilidade de autorrealização do sujeito que deseja ser chamado e socializado a partir de formas estáveis do seu reconhecimento (Silva, 2019, p. 100). Jessica Bueno de Paula Silva comenta que:

[...] nos próprios votos dos ministros do STF na ADI n. 4275 já é possível vislumbrar que esse poder e correção das outras esferas é mais teórico que factual. Inicialmente, mesmo afirmando que as questões morfológicas não devem prevalecer sobre a dignidade humana, o Ministro Gilmar Mendes não ampliou seu voto para todos os transgêneros, limitando-se aos transexuais, embora a maioria dos ministros viesse a divergir e modificar esse posicionamento. Mesmo que Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes reiteradamente se pronunciem em relação à centralidade da necessidade de reconhecimento, em defesa da ideia de que a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade são centrais em todo Estado Democrático de Direito e apontem que é obrigação do Estado a garantia de inclusão e tomar medidas contra a discriminação, ao votarem a favor da judicialização do procedimento eles consideraram aceitável prolongar o tempo de sofrimento das pessoas trans. (Silva, 2019, p. 105)

Essa decisão é estabelecida como um integral respeito a dignidade das pessoas trans, sendo que se firma que sexo não é apenas uma questão vinculada à biologia ou mesmo à genética (Vecchiatti, 2019, p. 23). Neste julgamento se reconhece o que grande parte da academia já vem discutindo por anos, especialmente os movimentos feministas, que sexo é vinculado à aspectos psicológicos e sociais (Vecchiatti, 2019, p. 23).

Foi uma decisão histórica para se reconhecer o direito como fundamento para a promoção de igualdade e dignidade as pessoas trans (Silva, 2019, p. 20-65).

3.2 DECISÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 527

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527, no ano de 2018, em que se requereu uma interpretação de acordo com as normas e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com a finalidade de que as mulheres transexuais cumpram a pena em presídios femininos.

Na referida ação a entidade autora retificou o pedido em relação às custodiadas travestis identificadas socialmente com o gênero feminino, sendo que o pedido é para que possam optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino (Brasil, 2018). De tal forma que isto poderia efetivar o seu pleno Direito de Ser com uma determinação judicial.

Com a ação a entidade autora sustenta que o direito de cumprir pena em presídio compatível com sua condição deve ser garantido em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proibição ao tratamento degradante ou desumano e da garantia à saúde dessa população.

A disputa da ação judicial é que existe uma exclusão dessa população em que são estabelecidos espaços de vivência específicos a travestis e gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, em que se considera que a exclusão seria pautada pela vulnerabilidade dessas pessoas (Brasil, 2018).

Esses espaços não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. A transferência da pessoa presa para este local deve ser condicionada à sua expressa manifestação de vontade. Era previsto que as prevê que as pessoas transexuais masculinas e femininas fossem encaminhadas a unidades prisionais femininas. Além disso, às mulheres transexuais deve ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade (Brasil, 2018).

A entidade autora demonstra que existem decisões judiciais conflitantes na interpretação dos dispositivos, circunstância que coloca em xeque os direitos constitucionais de transexuais e travestis, submetidas a condições de desrespeito em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino, sofrendo toda sorte de influências psicológicas e físicas (Brasil, 2018). Existem pedidos judiciais e administrativos de transferência de travestis e transexuais a estabelecimentos prisionais compatíveis com o gênero feminino que têm sido negados sistematicamente, circunstância que justifica a concessão de liminar para assegurar tal direito.

No mérito, a entidade pede que o STF dê interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação 1/2014 para assentar que as custodiadas transexuais somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino. Quanto às travestis identificadas socialmente com o gênero feminino deve-se garantir o direito de opção entre estabelecimento prisional feminino ou masculino.

Em 2019, o Ministro Luis Roberto Barroso, que é o relator da ação, determinou em uma medida liminar que as pessoas transgêneros femininas em privação de liberdade cumpram pena em presídio feminino, respeitando assim a autoidentificação delas. O Ministro definiu que elas sejam encaminhadas em atenção a sua saúde e pela vulnerabilidade, sendo que na própria ação o ministro cita sobre a alta taxa de homicídios contra essa população. Em março de 2021, o relator da ação reajustou os termos da medida cautelar para que transexuais e travestis pudessem optar pelos estabelecimentos femininos ou masculinos. O que representa um ganho para a população trans e, especialmente para as travestis.

Em termos de reconhecimento formal, esta decisão reconhece institucionalmente as travestis como uma identidade de gênero ao respeitar a sua identidade e permitir a sua escolha. As potências e limitações dos avanços possuem limites acinzentados. É contrário se mostrar o reconhecimento de um direito quando se trata da limitação do direito à liberdade de qualquer pessoa.

Neste caso, julgando quanto às questões de identidade, tem-se que existiu um ganho de reconhecimento e, com a alteração realizada em 2021, se mostra o reconhecimento institucional da identidade travesti com as suas singularidades dentro do ordenamento jurídico.

Em sessão virtual, o Plenário do Supremo Tribunal acabou por rejeitar a tramitação da ADPF nº 527, pois prevaleceu o entendimento da corte que a questão foi posteriormente regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça e que a resolução reconhece os direitos do grupo minoritário.

A Resolução do CNJ mencionada pelos ministros do STF é nº 348 de 2020 que estabelece que as pessoas trans devem cumprir a sua pena a partir da sua autodeclaração, bem como estabelece parâmetros para esse cumprimento de pena.

É importante mencionar que mesmo a ação sendo julgada improcedente, foi esse movimento feito pela sua tramitação que essa adequação. Isso foi feito pela alteração pela Resolução nº 366 de 2021.

3.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (Brasil, 2019) buscou equiparar a LGBTQIAPN+fobia ao racismo, haja vista a existência do preceito de racismo social estabelecido no caso *Ellwanger* (Habeas Corpus 82424-RS de 2003). O pedido era que o STF reconhecesse a mora institucional do Legislativo em legislar acerca da questão de discriminação de gênero e orientação sexual. Baseava-se no princípio da igualdade, uma vez que se há legislação que pune de forma vertical a discriminação étnica-racial, deve haver também, a que puna a discriminação por orientação sexual, haja vista que o texto constitucional dispõe que a “[...] lei punirá qualquer atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), conforme prevê o art. 5º, inciso XLI da CF/1988.

Importante mencionar que nas duas ações o que se pede não é criminalização da LGBTQIAPN+fobia por meio da analogia, mas sim, pede-se que seja efetivada a criminalização mediante a atividade legislativa, o que não fere o referido princípio, tendo em vista que a medida para equipará-lo ao racismo trata-se apenas de ação provisória até que haja a efetivação mediante a criação de lei pelo Legislativo.

Ambas as ações tramitaram por alguns anos no STF, o Mandado de Injunção. n. 4.733 (Brasil, 2019b) foi distribuído em 10 de maio de 2012, e a ADO n. 26 (Brasil, 2019a) no dia 19 de dezembro de 2013, tendo diversas movimentações antes da decisão de 13 de junho de 2019. Em ambas foram aceitas várias entidades como *amici curiae*, com exceção da Associação Eduardo Banks.

No tocante ao MI n. 4.733, a princípio, tendo ainda como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em 24 de outubro de 2019 teve decisão monocrática pelo seu não conhecimento. Em sede de recurso, a ABGLT interpôs Agravo Regimental, pelo qual se manifestou a Procuradoria Geral da República:

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica. (Brasil, 2018).

Em 17 de agosto de 2016 o ministro relator da ação foi substituído pelo Ministro Edson Fachin que, após recebido o parecer da PGR, procedeu a juízo de retratação ao despacho original, dando seguimento à ação e intimando as partes, momento no qual novamente a PGR se manifestou acerca da demanda se posicionando pelo provimento em parte, conforme a ementa do parecer:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. NÃO CONHECIMENTO. MANDADO DE CRIMINA-

LIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. Não se coaduna com o objeto e o rito de mandado de injunção pedido de condenação do estado a indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial do mandado de injunção e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (Brasil, 2016).

Houve manifestação da AGU no sentido do descabimento das ações, entre outros argumentos, sob a alegação de que há Projetos de Lei sobre a matéria tramitando no Congresso Nacional, além de não ser de competência do STF *legislar*, principalmente sobre matéria de direito penal.

Os autos seguiram para o julgamento, a princípio, para o dia 14 de novembro de 2018, no entanto, a AGBLT solicitou via petição que o julgamento fosse conjunto com o da ADO n. 26, o qual assim ocorreu (Brasil, 2019).

A ADO n. 26 (Brasil, 2019) teve como relator desde o início o Ministro Celso de Mello, as movimentações no mérito da ação só foram ocorrer no ano de 2018, quando foi decidido pelo julgamento em conjunto com o MI n. 4.733 (Brasil, 2019).

O julgamento de ambas as demandas se iniciou no dia 13 de fevereiro de 2019, onde foram ouvidas as partes devidamente representadas, com voto do relator da ADO. n. 26 Ministro Celso de Mello, que votou pelo provimento em parte da demanda, discordando do pedido de pretensão reparatória em face do Estado e do pedido para que o STF “criasse norma”.

O julgamento foi suspenso após o voto do referido relator e foi retomado no dia 21 daquele mesmo mês, quando acompanharam o relator os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. O julgamento das duas ações foi novamente suspenso, com retomada no dia 23 de maio de 2019.

No julgamento do dia 23 de maio, o ministro Marco Aurélio não reconheceu a omissão legislativa por parte do Congresso Nacional. A ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux acompanharam o voto do relator. O julgamento foi novamente suspenso.

O julgamento das demandas foi retomado no dia 13 de junho de 2019, essa por sua vez, data de decisão final. A decisão deu provimento parcial às ações, com eficácia geral e efeito vinculante, nos seguintes termos:

[...] a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. (Brasil, 2019a).

Importante mencionar que face às várias especulações e afirmativas acerca de lideranças religiosas quanto à alegação de ferimento ao direito de falar contra a homossexualidade (etc.) – questão que foi levantada, inclusive, por dois *amici curiae* contrários às ações –, a decisão também deixou em evidência que a criminalização da homofobia e da transfobia em nada prejudicará esse direito, haja vista que a liberdade religiosa é resguardada constitucionalmente, com a condição de que tais pregações e discursos não façam incitação à discriminação e hostilidade para com essa minoria.

Observa-se, ainda, que existiu uma estruturação e solidificação nos votos dos ministros de que gênero e orientação sexual correspondem a elementos da personalidade e identidade das pessoas (Mello, 2019). Neste íterim, tal julgamento constitucional reafirmando essa proposição reafirma os entendimentos anteriores e fortalece os julgamentos.

Assim, este direito é uma importante conquista de toda a população LGBTI+ e, neste caso do artigo, das pessoas Trans. Esta conquista se relaciona com a proteção de um direito à vida, ao reconhecimento e uma devida punição reconhecida pelo Estado àqueles que praticam violências contra pessoas LGBTI+.

Essa conquista em relação ao reconhecimento do paradigma de sujeito de pessoas trans, neste caso da comunidade LGBTQIAPN+, mostra-se no sentido de entender que estas vidas importam para o Estado.

Não ignora-se a problemática da utilização do sistema penal e também da atuação necropolítica do Estado em relação às pessoas negras. Entende-se aqui que a utilização do Judiciário foi uma forma estratégica de efetivação de medidas para combater o extermínio latente da população LGBTQIAPN+. O Brasil mesmo após a criminalização da LGBTQIAPN+fobia continua

sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo (Benevides; Nogueira, 2020). Considera-se sim a existência desse perfil e nota-se o extermínio dos LGBTQIAPN+, mas o Legislativo realizava uma omissão e o Executivo não se mostrava aberto à essas políticas, como é o caso do ex-presidente da República entre 2018 a 2022. A escolha dessa medida é uma litigância estratégica que foi criada por juristas brasileiros para promover o reconhecimento, proteção e validação destas vidas.

Nota-se, ainda, que o Brasil é o país que mais mata as pessoas trans e travestis do mundo e não se tem políticas públicas, medidas ou ações que realizarem algum tipo de política institucional para modificar essa realidade ou mesmo direitos sociais específicos (Bomfim; Bahia, 2022; Bomfim; Salles; Bahia, 2020). A criminalização da LGBTQIAPN+fobia, dentro de um espectro de utilização estratégica, se mostra como uma forma de proteção às vidas de sujeitos desta minoria (Bomfim; Bahia, 2019).

4. CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, tem-se um Estado-moderno que estabelece regras pautadas nas decisões das maiorias, o que representa que existem grupos que são historicamente vulnerabilizados e marginalizados. Desta feita, é necessário a utilização do *advocacy* em direitos humanos para que seja realizada e consagrada a proteção dos Direitos LGBTQIAPN+. Esse movimento se intensifica a partir dos anos 2010 e vêm tomando corpo até os dias atuais pela instância judiciária.

Neste íterim, frente essa realidade, a presente pergunta de pesquisa foi se essa abertura institucional representaria, de alguma forma, a existência de um novo paradigma de direitos para as pessoas trans.

Pela análise dos votos e pelas decisões que foram estudadas neste artigo restou-se nítido que existe uma mudança de paradigma ao reconhecer a existência de direitos às pessoas trans quando se reconhece a identidade de gênero como um direito fundamental. Isso ficou evidente na ADI 4275, quando se fala da possibilidade da troca do prenome e gênero. Esse entendimento é reafirmado nas decisões posteriores e consolida-se o aspecto social do gênero, que já era algo tão discutido e estabelecido pela epistemologia e militância feminista.

Essas conquistas vieram para estabelecer um diâmetro de novas possibilidades e representa, a partir desta leitura, uma virada de paradigma institucional. Contudo, como uma limitação, percebe-se que existe uma abertura às questões de igualdade formal, sendo que são garantidas as questões vinculadas a liberdade e possibilidade de proteção específica.

Desta forma, existe um longo caminho para ser percorrido em termos de episteme jurídica para a transformação deste paradigma em uma igualdade material para que sejam feitas ações propositivas de promoção de direito e condições de vida digna a essa população historicamente marginalizada.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. *Dossiê: Assassinatos e Violência contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2018*. 2019.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power. *Videre*, Dourados, v. 14, n. 29, jul. 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12989>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BOMFIM, Rainer; SALLES, Victória; BAHIA, Alexandre. Necropolítica Trans: o gênero, cor e raça das LGBTI que morrem no Brasil são definidos pelo racismo de Estado. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 31, p. 153-170, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/N.%2031%20%282019%29>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BOMFIM, Rainer. *Proteção da transição de gênero pela assistência social: uma proposta-truque para o conceito de hipossuficiência*. São Paulo: Dialética, 2022.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. A inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 01, p. 1-31, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13916/7672>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia, história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, p. 369, 6 jan. 1989.

BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. 1*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de maio 2011. Brasília, DF: STF: 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkxmaby>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologicizantes. Relator: Min. Edson Fachin, 1 de março de 2018. Brasília, DF: STF: 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4275%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aju5rhv>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Brasília, DF: STF: 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4733*. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Brasília, DF: STF: 2019b. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CAMILLOTO, Ludmilla Barros. *Transgeneridade e direito de ser [manuscrito]*: relação entre o reconhecimento de si e o reconhecimento jurídico de novos sujeitos de direitos. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação "Novos Direitos, Novos Sujeitos". Ouro Preto, 2019.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades dos uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 1, 2019.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era sociedade "pós-socialista". *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, 2006.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. *Revista Direito GV*. v. 17, p. 1-33, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/WmD3ZfV7jy6x3JKnPjbfXSN/?lang=pt> . Acesso em: 25 jan. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza; BERSANI, Humberto. Crítica à interseccionalidade como método de desobediência dentro do Direito do Trabalho brasileiro. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, 2020.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico des-colonial. *E-cadernos ces.*, n. 18, 2012.

SILVA, Jessica de Paula Bueno da. *O reconhecimento das pessoas trans: Uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação "Novos Direitos, Novos Sujeitos". Ouro Preto, 2019.

SPIVAK, Gayatri. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. LGBTI e o sistema interamericano de Direitos Humanos: A construção da cidadania internacional arco-íris. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. *Anais [...]*. João Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2>. Acesso em: 2 abr. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 01, e247, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.247>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/247> . Acesso em: 25 jan. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/12/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/12/2022
- Avaliação 1: 07/01/2023
- Avaliação 2: 23/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 23/12/2023
- Retorno rodada de correções: 17/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DA INTEGRIDADE PSÍQUICA DA VÍTIMA

VULNERABLE RAPE: VIOLATION OF HUMAN
DIGNITY AND THE VICTIM'S PSYCHIC INTEGRITY

EVANDRA MÔNICA COUTINHO BECKER¹

CLEIDE APARECIDA GOMES RODRIGUES FERMENTÃO²

RESUMO

Este estudo possui o escopo de abordar sobre o crime de estupro de vulnerável, à luz da legislação brasileira acerca da matéria, a partir da Lei 12.015/09, e no contexto da dignidade da pessoa humana e integridade psíquica. O objetivo principal é analisar como a Lei 12.015/09, que alterou o artigo 224 para o artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, impactou a tipificação e o tratamento jurídico desse crime. A pesquisa examina as implicações legais e sociais dessas mudanças, bem como suas repercussões para a proteção das vítimas e a responsabilização dos agressores. A metodologia de pesquisa adotada é de caráter qualitativo, com revisão bibliográfica e podendo ser classificada como descritiva.

Palavras-chave: estupro de vulnerável; princípio da dignidade à pessoa humana; dignidade sexual; proteção legal.

ABSTRACT

This study has the scope to address the crime of rape of a vulnerable person, considering Brazilian legislation on the matter, from Law 12.015/09, and in the context of human dignity and psychological integrity. The main objective is to analyze how Law 12.015/09, which changed article 224 to article 217-A of the Brazilian Penal Code, impacted the classification and legal treatment of this crime. The research examines the legal and social implications of these changes, as well as their repercussions for the protection of victims and the accountability of aggressors. The research methodology adopted is qualitative in nature, with bibliographical review and can be classified as descriptive.

Keywords: *vulnerable rape; principle of human dignity; sexual dignity; legal protection.*

- 1 Mestranda no Programa "Stricto Sensu" de Mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas da UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR; Pós-graduada "Lato Sensu" - especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional; Graduação em Direito - Bacharela em Direito pela UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR; ADVOGADA OAB/PR 85.732; Pós-graduação "Lato Sensu" - especialista em Docência no Ensino Superior pela UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR; Graduada e licenciada em Letras Português/Inglês pela UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7625-761X>.
- 2 Pós doutora em hermenêutica jurídica pela UNISINOS - Universidade Vale dos Sinos - RS; Doutora em direito Civil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito Civil e graduação em direito pela UEM - Universidade Estadual de Maringá; Professora na graduação em direito e no Programa de Mestrado e Doutorado da UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR; Professora na Pós-graduação em Direito de Família - na UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professora na EMAP - Escola da Magistratura do Estado do Paraná-Maringá; Pesquisadora do ICETI - Instituto de ciência e pesquisa científica da UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR; Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7121-5565>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BECKER, Evandra Mônica Coutinho; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Estupro de vulnerável: a violação da dignidade humana e da integridade psíquica da vítima. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 176-192, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9339>.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo a análise do crime de estupro de vulnerável à luz da legislação brasileira, acerca da matéria previsto nos artigos 217-A e 218 do Código Penal, a partir da Lei 12.015/09, e no contexto da dignidade da pessoa humana, consagrada como princípio fundamental pela Constituição Federal de 1988, norteador de todas as relações jurídicas.

A dignidade humana abarca todos os direitos fundamentais, sendo obrigação do Estado criar as condições favoráveis à sua aplicabilidade. Essas condições são materiais, tais como saúde, lazer, educação, emprego, mas não apenas, pois os seres humanos são formados por outros elementos que ultrapassam o aspecto material para situar-se na sua construção cultural e psíquico-emocional, tais como valores morais e éticos, condutas, comportamentos etc.

O presente artigo buscará elucidar o crime de estupro de vulnerável em sua violação à proteção da dignidade da pessoa humana, e que consequentemente fira diretamente os direitos fundamentais, haja visto que suas consequências não afetam apenas a integridade física da vítima, como também violam a sua integridade psicológica, reverberam negativamente na sua vida social e causam tolhimento à sua dignidade sexual.

Para orientar a pesquisa e explorar as complexidades envolvidas, este estudo propõe as seguintes perguntas de pesquisa: quais as previsões legais pertinentes a essa matéria? Quais as consequências sociais e psicológicas do estupro de vulnerável para as vítimas? No que constitui a violação da dignidade humana e de que maneira o estupro de vulnerável liga-se a ela?

Paralelamente, analisar-se-á os crimes sexuais não como condutas individuais apenas, mas como produto de construções sócio-históricas, compreendendo o estupro de vulnerável dentro de um contexto mais amplo, marcado por desigualdades sociais e de gênero.

Tais perspectivas permitirá uma visão crítica da matéria, de maneira a problematizar o papel do Estado em garantir não só o conjunto normativo que legisla sobre a proteção dos indivíduos, como também as condições concretas que favoreçam à aplicabilidade e eficácia das leis. A metodologia da pesquisa é bibliográfica e qualitativa, classificada em seus objetivos como descritiva, e o método a ser adotado será o dedutivo.

2. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E OS CRIMES SEXUAIS

O Código Penal ainda em vigor no Brasil é o de 1940, criado pelo decreto-lei de nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. De lá para cá, mudanças foram sendo incorporadas, e a própria legislação penal brasileira, tocante aos crimes sexuais, passou por reformas em 2009.

Até 2009 o Código Penal tratava os crimes sexuais como crimes contra os costumes e tutelava, sobretudo, os crimes contra as mulheres. Não obstante, essa tutela não se caracterizava como proteção à mulher, tendo em vista que se baseava em uma visão patriarcalista e concepções moralistas que visavam impor vigilância à sexualidade feminina. Dessa forma, o estupro tinha pesos diferentes em relação à mulher virgem e à mulher prostituta, por exemplo (Michel, 2020). A partir das reformas ocorridas no Código Penal, a sexualidade passou a ser

considerada como um elemento da dignidade humana, abarcando, não apenas as vítimas sexuais mulheres como também as vítimas sexuais homens.

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, ao dispor da proteção à liberdade e à dignidade sexual, rejeitou as formulações condicionadas à virgindade ou à pretensa honestidade das mulheres, criando um novo tipo penal que não mais distinguisse os gêneros, considerando como sujeito passivo toda e qualquer vítima e não somente a mulher honesta. Nesse sentido, a lei surgiu também para conferir ênfase e importância ao desenvolvimento saudável e digno da sexualidade humana, baseada nos preceitos da igualdade e da justiça (Brasil, 2004).

Segundo as lições de Leonardo Castro (2014), antes da referida lei, no Código Penal brasileiro havia duas tipificações, a primeira referente ao estupro, previsto no artigo 213, e a segunda ao atentado violento ao pudor. Quando praticados contra menores de 14 anos, ou pessoas “alienadas”, fora de suas capacidades mentais, ou ainda pessoas que não pudessem oferecer resistência, tratava-se do crime como presunção de violência, ou seja, ainda que o agente não tivesse a intenção de violentar a vítima, presumia-se a existência da violação em decorrência da idade ou do estado dela.

Ocorre que, o emprego do termo presunção levava a imprecisões e questionamentos, pois abria espaço para que se questionasse o consentimento da vítima. A Lei no 12.015/09 veio jogar uma pá de cal sobre esta discussão, definindo como critério para a presença do crime não o consentimento ou histórico sexual da vítima, mas a sua idade, isto é, menores de 14 anos (Castro, 2014). Dessa forma, para se constituir o crime de estupro de vulnerável, torna-se irrelevante as experiências sexuais da vítima, sendo apenas necessário que o agente ativo tenha conhecimento de que se trata de uma pessoa menor de 14 anos de idade, e com ela decida por manter qualquer conjunção sexual ou ato libidinoso (Castro, 2014).

O novo artigo 217-A, que tipifica o estupro de vulnerável, substituiu o regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, antes previsto no artigo 224 do Código Penal. Assim, a partir das reformas ocorridas no Código Penal, se destacaria a vulnerabilidade de determinados indivíduos, e não apenas crianças e adolescentes, como também pessoas que, por qualquer enfermidade ou ausência de suas plenas faculdades mentais, não fossem capazes ao discernimento para a prática de ato sexual, e ainda aquelas que, por diferentes razões, não pudessem oferecer resistência (Brasil, 2004).

Além de suprimir tais discussões, tal lei também renovou na definição de estupro, ao não mais restringi-lo apenas ao ato sexual carnal consumado. Isto significa que o crime de estupro envolveria qualquer ato libidinoso e tanto os crimes de estupro quanto os crimes de atentado violento ao pudor passariam a fazer parte de um único tipo penal, ou seja, o estupro (Brasil, 2004).

É costumeiro referir-se ao estupro de vulnerável como crime de pedofilia, o que é equivocado. Atualmente, no Brasil, não há um tipo penal para a pedofilia, que é diferente do abuso sexual infantil, que já se encontra tipificado na legislação. Pedofilia é o termo utilizado para se referir a uma patologia, prevista na Classificação Internacional de Doenças, e consiste no desejo sexual de um adulto por uma criança (José, 2018).

A pedofilia caracteriza-se pelo desejo internalizado e persistente do pedófilo pela criança. No campo da medicina psiquiátrica é caracterizada como transtorno parafilico. Quer dizer, assim como a zoofilia, o masoquismo e a necrofilia, a pedofilia também é uma parafilia, que implica em desejos sexuais incomuns, desvios disfuncionais da sexualidade (Moraes, 2015).

O diagnóstico do pedófilo obedece a critérios médicos, que, geralmente, são:

A. Por um período de pelo menos seis meses, fantasias sexualmente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos intensos e recorrentes envolvendo atividade sexual com criança ou crianças pré-púberes (em geral, 13 anos ou menos). B. O indivíduo coloca em prática esses impulsos sexuais, ou os impulsos ou as fantasias sexuais causam sofrimento intenso ou dificuldades interpessoais. C. O indivíduo tem, no mínimo, 16 anos de idade e é pelo menos cinco anos mais velho que a criança ou as crianças do Critério A (DSM-5, 2014, p. 698).

Não se pode atribuir a todo caso de estupro de menor a nomenclatura de pedofilia, bem como não se pode afirmar que todo pedófilo seja um abusador/estuprador e criminoso, pois o que é criminalizado não é o desejo internalizado, mas sim o ato consumado. Não é sempre que o desejo do pedófilo será manifestado.

Para Castro (2014), torna-se irrelevante para configuração do crime de estupro de vulnerável o agente ser pedófilo ou não, já que o foco não deve ser, e não é, punir quem tem a doença, pois se fosse assim se exigiria uma perícia de todos os acusados. Deste modo, são descabidas, ainda na visão do autor, as mobilizações pedindo o fim da pedofilia, quando o foco deveria ser o fim do abuso contra crianças e adolescentes.

Obviamente que a linha entre a pedofilia e o abuso é bastante tênue. Com relação à Lei 12.014/009, esta veio a aprimorar os dispositivos legais de proteção às crianças e adolescentes, combatendo também à exploração e o aliciamento às diversas formas de exploração sexual.

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS JURÍDICOS

O estupro de vulnerável passou a ser tipificado por meio da Lei no 12.015/09, o capítulo antes intitulado de “Sedução e corrupção de menores” substituído pela nomenclatura “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, definido no artigo 217-A como: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos (Brasil, 2009b).

No que se refere ao sujeito ativo, estamos tratando de um crime classificado como de mão própria quando em relação à conjunção comum, exige, pois, a atuação pessoal do agente, e crime comum em relação aos demais atos libidinosos, uma vez que tais práticas podem ser materializadas por qualquer pessoa (Michel, 2020). Inclusive, essa é uma renovação na lei, já que ao considerar como estupro qualquer ato libidinoso, e não apenas a conjunção carnal, a mulher também passou a ser considerada sujeito ativo no crime (Silva; Vieira, 2022). Como vulneráveis, o legislador entendeu o menor de 14 anos e a pessoa que, por razões de enfermidade ou de deficiência intelectual, não tenha o necessário discernimento para a prática sexual, ou ainda, por qualquer outro motivo, não consiga oferecer resistência.

Segundo Aline Ferreira Buta Michel (2020), o estupro de vulnerável é ainda classificado como crime de forma vinculada no que se refere à conjunção carnal, praticado conforme o método previsto no tipo penal, e crime de forma livre em relação a qualquer ato libidinoso, ou

seja, não existe na lei uma forma específica pela qual se dá a prática do ato. É material, havendo a necessidade de resultado naturalístico de efetiva lesão do bem tutelado da vítima.

No crime de estupro de vulnerável, de acordo com Michel (2020, p. 5), “o objeto jurídico protegido é a dignidade sexual de qualquer vulnerável, ou seja, daquele que se encontra incapaz de se autodefender e é submetido a satisfazer os desejos sexuais de outrem contra sua própria vontade”.

Quanto ao elemento subjetivo, segundo Paulo Henrique de Souza Silva e Guilherme Soares Vieira (2022), esse é representado pelo dolo, no que se configura pela vontade do agente de praticar o ato sexual ou libidinoso com a vítima, “não sendo exigida qualquer finalidade especial, basta o agente ter a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais” (Silva; Vieira, 2022, p. 749).

Ressalta-se, com base nas explicações de Michel (2020), que frente a inexistência da forma culposa, e consequentemente exigência do dolo do agente, há também a necessidade de o agente ativo ter conhecimento de que a relação sexual se dá com uma pessoa vulnerável, caso contrário, trata-se do erro de tipo, que afasta o dolo e punição.

3.1 A VULNERABILIDADE RELATIVA OU ABSOLUTA

O estupro de vulnerável é tipificado como crime autônomo, considerando o vulnerável como aquele que não possui a capacidade de agir, ou seja, de consentir plenamente ao ato sexual.

A capacidade jurídica configura-se quando o indivíduo possui capacidade de ser sujeito de direitos e de deveres. Contudo, tem-se a diferença entre capacidade de agir e capacidade de dispor direitos, como é o caso de uma criança, que tem capacidade jurídica, como titular do seu direito à personalidade, tal como direito ao nome, patrimônio etc. Porém, ela não desfruta da capacidade de agir, não podendo dessa forma firmar obrigações (Fermentão, 2007). Dessa forma, por mais que haja o consentimento do menor ou até mesmo a sua própria insistência para que o ato sexual aconteça, ainda assim o crime de estupro de vulnerável será configurado. Para o legislador, em virtude da tenra idade, os indivíduos não desfrutariam de desenvolvimento mental ou maturidade sexual adequada para consentir a prática do ato sexual (Nucci *et al.*, 2010).

As mudanças ocorridas nas leis não foram capazes de afastar os antigos debates sobre a presunção de violência, se absoluta ou relativa, enfrentada, sobretudo no campo da idade. Mesmo a vulnerabilidade do menor de 14 sendo absoluta, há divergências tanto na jurisprudência quanto na doutrina (Silva; Vieira, 2022). Nesse sentido, Guilherme Nucci *et al.* (2010) destacam que não existe qualquer parâmetro definidor para a escolha dessa faixa etária, sendo tal caracterização da vulnerabilidade baseada no que os autores chamaram de ficção jurídica, isso porque, essa classificação não encontraria respaldo na realidade concreta.

Para esses autores, é preciso considerar a realidade em que as novas gerações estão inseridas, marcada pelos avanços dos meios de comunicação e propagação de informações, que têm como impactos o acelerado desenvolvimento intelectual e maturação cognitiva das crianças e dos adolescentes (Nucci *et al.*, 2010). Assim, ao considerar apenas a faixa etária como parâmetro para a vulnerabilidade, impondo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual, o legislador teria afastado-se de sua realidade social objetiva.

Conforme os estudos de Klelia Canabrava (2010), a despeito da Lei 12.015/09 ter rejeitado as formulações arcaicas acerca da virgindade e honestidade das mulheres, o legislador continuou adotando uma postura moralista e proibitiva, agora, ante à sexualidade infanto-juvenil.

Em linha semelhante com a dos autores supracitados, Michel (2020, p. 17) complementa a ideia ao afirmar:

Consagrando-se o caráter absoluto da vulnerabilidade, o Direito Penal intervém, em demasia, na esfera pessoal do indivíduo. Na sociedade em que vivemos, os adolescentes iniciam suas vidas amorosas cada vez mais cedo, namorando precocemente e já mantendo relações sexuais.

O que está em discussão é que a vulnerabilidade não é um critério exclusivamente associado ao marcador da idade e, portanto, ao legislador não caberia intervir na sexualidade de uma pessoa, mesmo um menor de 14 anos que não apresente qualquer limitação de suas faculdades mentais ou ainda demonstre discernimento em suas escolhas. Ainda, segundo explicam Nucci *et al.* (2010), tal postura pode levar o judiciário a cometer graves injustiças, pois da maneira como a lei foi editada não abriu espaço para apuração dos fatos, presumindo uma vulnerabilidade absoluta do menor de 14 anos, sem considerar os níveis de maturidade sexual do menor. Defendem, pois, a necessidade de relativizar a presunção da vulnerabilidade para casos excepcionais, de maneira a impedir que qualquer relação sexual praticada com os sujeitos destinados à proteção legal, ainda que consentida, seja considerada criminosa e merecedora da tutela penal.

Com relação aos enfermos ou a pessoas com deficiência intelectual, os autores mantêm a defesa de que se deve ter cuidado para que não haja por parte do Estado uma interferência indevida e prejudicial à vida privada desses sujeitos, para os quais uma vida sexual ativa, muitas vezes, é de grande relevância ao seu desenvolvimento individual e integridade psíquica. Os deficientes, como quaisquer outros indivíduos, também sentem necessidade de manifestarem sua sexualidade e expressarem-se sexualmente (Nucci *et al.*, 2010).

Nesse caso, a legislação preocupou-se em relativizar a vulnerabilidade, ao estabelecer expressamente a vulnerabilidade apenas em relação àqueles que não tiverem o necessário discernimento para o ato sexual (Nucci *et al.*, 2010). Ou seja, não é a relação sexual propriamente dita a ser punida. Para que seja configurado o estupro de vulnerável, em relação ao enfermo ou deficiente intelectual, é necessário que haja por parte do indivíduo a efetiva ausência de compreensão no momento do ato em si (Immig; Albrecht, 2018).

Daniel Lima e José Muniz Neto (2019) enfatizam que, no caso da incapacidade temporária, aquela causada muitas vezes por um coma, anestesia ou por embriaguez, exige-se que o indivíduo não consiga oferecer resistência física para impedir que o ato indesejado de fato aconteça. Porém, ressaltam ainda, aludindo Nucci (2015), que a embriaguez voluntária e pré-ordenada não retira a capacidade do indivíduo de consentir ao ato. Sendo assim, em relação a uma pessoa que se embriaga sabendo que participará de uma orgia, por exemplo, aplica-se a teoria do *actio libera in causa*, inviabilizando que seja alegado o completo estado de embriaguez para incriminação de terceiros (Lima; Muniz Neto, 2019).

Em que pesem as discussões acerca da presunção da vulnerabilidade, se essa deve ser absoluta ou relativizada, sabe-se que estupro de vulnerável é um fenômeno complexo, multidimensional, que envolve múltiplos fatores, e que, quando oriundo da violência, negligência

e descaso, suas consequências podem ser das mais graves, causando prejuízos físicos e psicológicos para as vítimas.

É preciso ter cautela quanto aos debates a respeito da relativização da vulnerabilidade com base em um consentimento ou escolha, pois, como será visto a seguir, existe uma forte tendência do estupro de vulnerável acontecer em locais e ambientes de forte coerção e intimidação psicológica da vítima, bem como na relação em que o abusador mantém certa proximidade ou laço afetivo com ela.

3.2 A DINÂMICA DO ABUSO E CONSEQUÊNCIAS PARA AS VÍTIMAS: O QUE DIZEM AS PESQUISAS

Grande parte dos estupros de vulnerável ocorrem com vítimas de violência sexual intrafamiliar e, frequentemente, contra crianças e adolescentes, sendo esses crimes cometidos por parentes e pessoas muito próximas da família, conforme tabela a seguir:

	Menos de 14 anos	Entre 15 e 18 anos	Entre 19 e 59 anos	Mais de 60 anos	Total
Parente	69,6%	33,0%	20,3%	17,1%	43,7%
Desconhecido	3,2%	48,2%	52,0%	78,3%	31,2%
Conhecido da família	16,3%	15,4%	15,2%	4,6%	15,3%
Companheiro (a) Esposo (a) Namorado (a)	2,5%	3,4%	12,6%	0,0%	6,1%
Vizinho	8,5%	<0,1%	0,0%	0,0%	3,7%

Fonte: Marques, 2019.

O estudo acima foi realizado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados em conjunto com a Associação de Educação do Homem de Amanhã de Brasília (HABRA) e evidencia que o espaço familiar, que deveria acolher e proteger as crianças e adolescentes, tende a ser o mais perigoso para a população.

Foi identificado na pesquisa que 69,6% dos estupros contra menores de 14 anos foram causados por pessoas com laços sanguíneos, e o total de 96,8% se considerado os níveis de proximidade e laços afetivos entre abusador e a família da vítima. Ainda, segundo Agência Brasil (2019), mais de 70% dos casos de estupro de vulnerável denunciados acontecem dentro da casa do abusador ou da vítima (Vilela, 2019). Pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública para os dados de 2020, analisou 60.926 registros de violência sexual no país naquele ano, sendo 16.047 de estupro e 44.879 de estupro de vulnerável (Bohnenberger; Bueno, 2021).

Com o fechamento das escolas na pandemia, as crianças e adolescentes passaram a ficar a maior parte do tempo em convívio familiar e, conseqüentemente, na presença de seus abusadores. Paulo Henrique de Souza Silva e Guilherme Soares Vieira (2022, p. 753-754) enfatizam que “a suspensão das aulas e a limitação no funcionamento de espaços públicos durante a pandemia restringiram os espaços mais usuais de denúncia”.

Apesar dos números elevados, a pandemia veio a contribuir para a redução no número de denúncias, conforme destacam Marina Bohnenberger e Samira Bueno (2021, p. 112):

A análise nacional indica queda de 14,1% dos registros de estupro e estupro de vulnerável em 2020, tendência que se verificou em 24 UFs. Apenas os estados do Piauí (10%), Rio Grande do Norte (2,4%) e Roraima indicaram crescimento no período (19,1%). A taxa média de estupros foi de 28,6 por grupo de 100 mil habitantes no país, variando de 3,5 por 100 mil na Paraíba até 68,9 crimes por 100 mil em Mato Grosso do Sul. Os dados informados pelo Estado da Paraíba, no entanto, parecem muito baixos, deixando dúvidas sobre sua confiabilidade (registro de apenas 140 casos no último ano).

Não se está diante, necessariamente, de uma redução de casos de violência, mas, muito provavelmente, diante do problema de subnotificação. Com a pandemia e o distanciamento social, muitos órgãos de proteção e fiscalização tiveram suas atividades inviabilizadas em virtude das medidas sanitárias. Isso também contribuiu para que os agressores se sentissem menos intimidados a cometerem seus crimes.

Entre as maiores vítimas do estupro de vulnerável em 2020 estiveram as crianças na faixa etária de 10 a 13 anos, com 28,9% das denúncias, seguidos de crianças de 5 a 9 anos, totalizando 20,5% dos casos e adolescentes entre 14 e 17 anos, que correspondeu a 15% dos casos, e crianças de 0 a 4 anos, com 11,3%. Com relação aos abusadores, 85,2% deles faziam parte do convívio da vítima, sendo apenas 14,8% dos casos cometidos por desconhecidos da vítima. A esmagadora maioria eram homens (96,3%), enquanto a maioria das vítimas eram mulheres (Bohnenberger; Bueno, 2021).

O estupro de vulnerável não é um tema a ser considerado isoladamente, sem suas devidas conexões com a organização histórica da sociedade patriarcal, que tem concedido ao homem a autoridade sobre os corpos femininos e subjugado as mulheres às condições de desigualdades sociais, culturais e políticas. Segundo Júlia Mitke Reis Silva e Cristiane Brandão Augusto (2021), os atos de violência sexual cometidos pelos homens contra as mulheres não são oriundos de uma natureza masculina essencializada, mas de uma construção sócio-histórica e, portanto, ação humana, que conferiu ao homem o papel social de soberania e dominação, enquanto às mulheres o papel de subordinadas, subservientes aos desejos masculinos.

[...] uma relação direta entre a submissão dos corpos femininos, a misoginia e a violência sexual começam a se delinear. O estupro deixa de ser apenas um tipo penal com motivações subjetivas, passando a incluir problemáticas muito mais complexas, que envolvem não apenas a sexualidade humana, mas a violência histórica contra mulheres (Silva; Augusto, 2021)

A violência sexual é justamente a perda total da vítima ao controle do seu corpo, do poder sobre a sua própria vontade e de total subserviência a vontade do seu agressor. É, conseqüentemente, a desumanização e violação da sua dignidade. O estupro é um dos meios pelos quais os homens exercem e reafirmam o seu poder de dominação sobre as mulheres. É uma forma de mantê-las dentro dessa categoria de subordinadas (Silva; Augusto, 2021).

Através da intimidação da violência sexual consegue-se manter as mulheres em cativado, como bichos a serem domados. Espalha-se o medo e a opressão em todos os lugares e nenhuma mulher escapa.

Caso recente e de repercussão nacional foi o do médico anestesista, que foi filmado por uma câmera escondida estuprando uma mulher enquanto ela estava completamente dopada em trabalho de parto. O episódio aconteceu no Hospital da Mulher Heloneida Studart, em São João de Meriti, no Rio de Janeiro. O acusado foi preso em flagrante pelo crime de estupro de vulnerável, logo após as imagens do crime terem sido divulgadas.

Nos discursos e no imaginário social, paira a ideia de que se trata de uma atrocidade daquelas que somente um “monstro”, “maníaco”, “psicopata”, e demais patologias, seria capaz de fazer. Porém, não há até agora qualquer indício ou comprovação de alteração psicopatológica. É preciso dizer que a patologia não é uma premissa para esse tipo de crime. A dominação legitimada, essa sim é. Homens violentam mulheres porque são autorizados pela sociedade. Exemplo disso é que, após ser preso e estar estampado em todas as manchetes criminais, o acusado ganhou milhares de seguidores nas redes sociais, além de páginas *fakes*, uma espécie de fã clube, cujos apoiadores buscavam apresentá-lo como inocente e reivindicavam sua absolvição (Brasil de Fato, 2022). Nem mesmo o ambiente profissional, nas instalações de um hospital, na sala de parto, em meio a uma equipe de médicos, enfermeiros e técnicos, profissionais da área de saúde, a qual o próprio fazia parte, conseguiu intimidar de praticar tal ato.

Curioso, ainda, pensar o fato de terem sido 5 enfermeiras da equipe, e 1 enfermeiro, os responsáveis não só por identificar e desnaturalizar o comportamento incomum do anestesista, como também foi deles a iniciativa de filmá-lo e planejar o flagrante. Mostraram-se atentos ao que acontecia dentro da sala de cirurgia, mas também ao movimento do lado de fora, em que os crimes sexuais e a violência de gênero acontecem a todo instante, muitas vezes bem mais próximo do que se imagina.

Ressalta-se que as chances de as denúncias de crimes sexuais serem descreditas, quando feitas por mulheres são grandes na sociedade, justamente porque o machismo as desautoriza e as querem relegadas ao silêncio. Ademais, nesse caso especificamente, havia também uma relação de poder profissional. Os homens, por sua vez, desfrutaram de um lugar social de privilégios, que os colocam em menor risco nesses casos.

Vê-se mais um episódio real em que uma mulher tem sua dignidade violada, na medida em que seus direitos à segurança no parto, à saúde, ao acolhimento, ao atendimento digno de suas necessidades e à sua dignidade sexual foram completamente tolhidos. Escancara, ainda, uma lição que todos já deveriam saber: não é culpa da vítima. Não é a roupa, o comportamento, horário ou o local. É sempre o abusador e a sociedade que o autoriza. Assim é que também a criança, sobretudo meninas, insere-se no padrão de corpo a ser disciplinado e censurado, no entanto, com um poder lesivo muito maior do que em relação a qualquer outra pessoa, haja vista que é mais fácil despi-la da sua vontade (Silva; Augusto, 2021).

De acordo com Clarice Gomes de Medeiros Maia (2020), o fenômeno não é atual, mas tem sido perpetuado ao longo de toda a história. No entanto, tais condutas nem sempre foram criminalizadas, resistindo no tempo como heranças de antigas leis, costumes e princípios religiosos, que ensina:

Assim, esbarra-se na visão sacralizada no entorno da família. Historicamente, as crenças e as culturas concebem tal instituto a partir de sentimentos essencialmente benevolentes e eternos, e, na medida em que a prática incestuosa se torna um tema tabu e se preserva a imagem social da instituição familiar, expõe-se a criança e ao adolescente à continuidade dos abusos e impunidade dos abusadores (Maia, 2020, p. 447).

Nesta perspectiva, embora a lei tenha retirado do seu texto a conotação patriarcal e machista que colocava a honestidade da mulher como critério para a proteção de sua integridade física, moral e sexual, perduram ainda na sociedade as bases que estruturam, silenciam, relativizam, normalizam e legitimam os abusos e violências contra as mulheres.

Estudo transversal realizado por Caroline Velasquez Marafiga e Denise Falcke (2020), 49 homens em cumprimento de pena, acusados de estupro de vulnerável buscou traçar o perfil sociodemográfico dos criminosos e revelou o predomínio de abusadores solteiros (53,1%), mas com filhos (82,25). Entre esses vitimizadores, apenas 6,1% foram diagnosticados como pedófilos. Os crimes aconteceram em contexto predominantemente intrafamiliar (54,5%) e a maior parte das vítimas foram mulheres, com idades que variaram entre 12 e 18 anos, corroborando com as pesquisas citadas anteriormente.

Ainda, conforme revelou esse estudo, a violência também pode fazer parte de um ciclo que se inicia com o próprio acusado tendo sido abusado ainda quando criança. “Foram relatados abusos sexuais pelo pai (n=1) e pela mãe (n=3), além de 20,4% declararem terem sido vitimizados sexualmente por parentes mais velhos e 8,5% por outras pessoas (vizinhos, namorados, babás, professores ou estranhos)” (Marafiga; Falcke, 2020, p. 100).

Os abusos sofridos na infância e adolescência influenciam no comportamento inadequado desses adultos. “Os indivíduos que foram sexualmente vitimizados quando criança e/ou adolescentes podem repetir o mesmo padrão ao qual foram submetidos, por não terem percebido o seu sofrimento de forma clara, podendo até repetir o ciclo de vitimização” (Marafiga; Falcke, 2020, p. 101).

Vale ressaltar que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem ser dever da família, comunidade, sociedade em geral e do poder público zelar e garantir a proteção dos menores e a efetivação de todos os seus direitos, referentes à vida, à dignidade, à liberdade e ao respeito. Trata-se, portanto, de uma violação ao princípio de proteção integral a que tem direito o menor. A identificação desse tipo de abuso intrafamiliar constitui um grande desafio ao judiciário, tendo em vista a proximidade do abusador com a família e a construção de laços afetivos que esse possa ter com a vítima. O fato de ser o vitimizador um conhecido ou ente próximo coloca as vítimas em maior exposição à violência psicológica, fazendo com que muitas prefiram se calar mesmo diante do sofrimento (Maia, 2020).

Com relação à pessoa com deficiência, Flavia Baldini Kemper (2019) analisa que as decisões recentes dos Tribunais têm tendido a reconhecer a configuração do crime de estupro de vulnerável quando as provas comprovam que a doença comprometeu a compreensão da ilicitude ou causa que impeça resistência, exigindo-se laudo pericial da vítima, a fim de apontar seu discernimento para consentir com o ato, viabilizando assim a análise do crime de estupro de vulnerável.

Há também alguns julgados que já entenderam a dispensabilidade do laudo médico quando a doença aparece notoriamente demonstrada por provas distintas presentes nos autos,

bastando inclusive o depoimento oral. Apesar disso, o atestado médico, com devido registro profissional, é cada vez mais exigido pelos Tribunais para configuração do crime de vulnerável, enfatizando que a deficiência deve ser adequadamente aferida por meio de laudo pericial biopsicossocial, uma vez que é por meio dele que se comprovará o discernimento da vítima para consentir ao ato sexual (Kemper, 2019).

A comprovação também é de grande relevância, pois se por um lado não se deve cometer injustiças, por outro, também não deve o Direito Penal impedir a pessoa, por conta da sua condição de deficiência intelectual, de ter uma vida sexualmente ativa. Garantir a sua dignidade também perpassa por garanti-la o direito de exercer plenamente sua liberdade sexual e a autonomia sobre o seu corpo. Por trás do delito de estupro de vulnerável existe uma série de particularidades que devem ser levadas em consideração para que haja uma harmonia e equilíbrio legal entre a norma, a realidade objetiva de cada caso e a dinâmica social concreta.

Não se pode deixar de falar que as consequências desse delito podem ser das mais perversas. Vítimas de estupro podem contrair lesões graves nos órgãos genitais, contusões e fraturas, além de alterações no trato gastrointestinal, vel. 752), “o estupro de vulnerável é um crime de alto potencial ofensivo, onde ofende a dignidade sexual do vulnerável”. Cabe ao Estado não só combater os crimes sexuais como também implementar ações que ultrapassem as grades das penitenciárias e presídios, para situar-se, atacando as raízes dessa problemática.

4. O PAPEL DO ESTADO

A Lei 12.015/09 trouxe a substituição do Título VI, antes denominado “Dos Crimes contra os Costumes”, pela denominação “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”, assumindo assim nova delinação à dignidade sexual, fundamentada no princípio da dignidade humana e protegida pelo código penal.

A Constituição Federativa de 1988 consagrou a dignidade à pessoa humana como princípio supremo que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, declarou que esse é o princípio responsável por orientar todos os demais e, paralelamente, é inerente à pessoa humana. Quanto à sua natureza jurídica, segundo Paulo Gomes de Lima Júnior e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2012), a dignidade da pessoa humana possui dupla natureza, devendo ser compreendida tanto como princípio quanto como postulado normativo. Enquanto princípio, serve como guia que alicerça o sistema jurídico, como postulado normativo, serve de limite para demais normas.

Nesse sentido, explicam, a dignidade humana não é considerada um direito fundamental, e sim, um princípio fundamental, haja vista que se trata do núcleo que rege os direitos fundamentais, de maneira que toda normativa ao ferir a dignidade da pessoa humana está violando igualmente os direitos fundamentais (Lima Júnior; Fermentão, 2012).

A Constituição de 1988 também dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado zelar e garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, educação, dignidade. Ou seja, não basta para o ser humano apenas viver, é preciso viver com condições de construir uma vida digna.

A garantia à dignidade humana é direito de todos, independentemente de valores, comportamento ou qualidades individuais. Assim, não é correto pressupor que exista algum indivíduo a quem se deva negar sua dignidade, tendo em vista que ela é inerente à pessoa humana. Mesmo os estupradores e abusadores mais cruéis devem ter sua dignidade protegida pelo Estado. Deve ser observado que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida e garantida pelo Estado; não envolve apenas bens patrimoniais ou integridade física da pessoa humana, mas também sua integridade moral, sentimental, psíquica, sendo proibida a pena de morte, tortura, penas corporais, escravidão e até mesmo a utilização de cobaias humanas (Lima Júnior; Fermentão, 2012, p. 335).

Ao Estado não cabe apenas garantir à dignidade na forma da lei, como também criar as condições concretas à sua aplicabilidade e eficácia. O princípio da dignidade da pessoa humana pertence ao campo dos direitos sociais. Portanto, enfatiza Mariana Faria Filard (2011, p. 112), “o Estado, por conseguinte, para efetivar essa proteção e desenvolver plenamente o ser humano [...] deve ajustar direitos e interesses às necessidades sociais e coletivas”.

Sem que os seres humanos tenham acesso a condições materiais mínimas, estamos muito longe de fazer valer os pressupostos do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Fermentão (2007, p.73):

A análise da dignidade humana, englobando todos os direitos fundamentais apresenta-se com obrigação do Estado em propiciar as condições para que as pessoas tenham uma vida digna. São consideradas agressões à dignidade humana, a ausência de condições de vida digna, como a falta de estrutura de vida, tais como ausência de moradia, habitação, educação, saúde, além de práticas de tortura, perda da liberdade, violência física e moral, racismo e outros.

Quando se trata de vida com dignidade, remete-se a um conjunto de condições necessárias à existência dos seres humanos, situadas nos diferentes contextos sociais, por isso o conceito de dignidade não pode ser fixado como imutável. Tais necessidades também não se restringem apenas a materialidade concreta, mas envolvem aspectos subjetivos da existência humana.

Os seres humanos são formados por valores, sentimentos, emoções que devem ser respeitados na sociedade e tutelados pelo Direito. Entre os valores comuns à humanidade estão a dignidade e a liberdade como elementos necessários para nortear os seres humanos em seus pensamentos e suas decisões (Fermentão, 2007).

Esses preceitos são diretamente violados quando se fala em crimes contra a dignidade sexual, que é desdobramento da própria dignidade humana, conforme aduz Michel (2020, p. 19):

[...] a dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.

Os crimes contra a dignidade sexual retiram da vítima todo e qualquer direito que esta tenha sobre o comportamento do seu corpo, colocando-a como mero objeto a serviço do outro. Trata da escravização do corpo, mas também do espírito, do seu psicológico e, conseqüentemente, da própria desumanização da vítima. Sua vontade, desejos, suas concepções acerca da sexualidade, suas escolhas são totalmente desconsideradas. A dignidade sexual, como

já discutido anteriormente, acha-se imbricada à garantia plena do indivíduo de exercer seus valores, seus costumes, crenças e a sua liberdade sexual.

As repercussões que tal violação causam, vão além dos danos físicos, estes podendo ser os mais visíveis. Há uma intervenção violenta e dolorosa do desenvolvimento físico, que desrespeita os processos biológicos do indivíduo, cujo corpo precisa da maturação mental, psíquica e estrutural para receber o ato sexual. Com efeito, esse tipo de crime ocasiona consequências ainda mais silenciosas e duradouras, que afetam o campo da sique humana, deixando traumas profundos, além de sentimentos de vergonha, medo, humilhação, auto isolamento. Para se ter uma ideia em números, 23,3% das vítimas são diagnosticadas com estresse pós-traumático, que reverbera em desânimo, ansiedade, fobia e depressão.

Reitera-se que as crianças, adolescentes, incapazes e deficientes, devem ser protegidos de toda a forma de violação e violência que atentem contra a sua condição de seres humanos e contra a sua cidadania. Por se acharem em condições de maior vulnerabilidade, seja pelo grau de formação intelectual e cognitiva ou pela maior dependência, merecem atenção especial do Poder Público.

Segundo argumenta Filard (2011), muitas das violências a que são submetidos esses grupos têm sido oriundas de contextos sociais adversos, marcados pelo desemprego, pela falta de educação e desinformação, além da ausência de políticas públicas efetivas voltadas à família. Obviamente que não se tratam de fatores justificadores que afastam a necessidade de intervenção penal.

Não obstante, o que se quer aqui é chamar atenção para o fato de que, ao negligenciar as questões sociais da maior relevância, o Estado deixa de criar as condições favoráveis para oferecer a devida proteção ao menor. Débora Shaula Alencar de Vasconcelos (2011, p. 58) alude a questão acertadamente ao afirmar:

Foi demonstrado por diversas teorias que o ambiente social no qual a criança está inserida é fator de grande relevância para a formação de suas opiniões que mais tarde acarretarão em ações. Todos esses estímulos e informações lançadas fazem parte de todo um processo cognitivo. Portanto, não é assim tão fácil mudar o comportamento do ser humano, pois toda uma cadeia de sinapses já foi formada, e para romper com isso, novos estímulos devem ser oferecidos em substituição.

Aludindo a teoria do Direito Penal Mínimo, Vasconcelos (2011) enfatiza que o Estado deve primeiramente munir-se de políticas administrativas, civis e socioculturais, antes de enviesar-se pelo Direito Penal. Dito de outra maneira, é preciso atacar as raízes dos problemas sociais.

A Criança Deve, Sim, Ser Respeitada E Protegida Pelo Estado, Mas Isso Deve Ser Feito Primeiramente No Âmbito Da Saúde, Educação, Lazer E Amparo Familiar, Para Somente Depois O Direito Penal Ser Chamado A Manifestar-Se, Quando Todos Os Outros Aparatos Estatais Falharem. O Que Se Observa É Que O Direito Penal Tem Sido Chamado A Agir Em Primeiro Plano, E Disso Decorrem Arbitrariedade E Ilegitimidade Do Sistema Penal E Do Poder De Punir Do Estado (Vasconcelos, 2011, P. 57).

O Direito Penal aparece como um mecanismo subsidiário a ser aplicado quando os demais recursos não se mostrarem eficazes, e ainda assim, em articulação e nunca de forma isolada, como se a punição fosse uma finalidade em si.

5. CONCLUSÃO

Este estudo teve como escopo analisar o crime estupro de vulnerável em sua violação à proteção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, a integridade psíquica da vítima. Quanto às previsões legais desta matéria, evidenciou-se que com o surgimento da lei 12.015/2009 ocorreu uma nova interpretação do Direito Penal, que ao substituir o título de “crimes contra os costumes” para “crimes contra dignidade sexual”, reconheceu a sexualidade e a liberdade sexual como inerentes a todos os indivíduos e, portanto, condições fundamentais ao desenvolvimento pleno do sujeito e efetivação da dignidade humana, tendo o Estado o poder e o dever de proteger o direito à sexualidade.

O artigo 217- A da lei trouxe a tipificação dos crimes sexuais contra vulnerável, e definiu a vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 anos e vulnerabilidade relativa para pessoas enfermas ou com deficiência intelectual, ou ainda com dificuldades temporárias que impeçam sua resistência no momento do ato sexual. Em suma, é considerado vulnerável aquele incapaz de agir ou consentir plenamente ao ato.

Também se evidenciou que as previsões legais sobre a vulnerabilidade absoluta de menores de 14 anos continuam a gerar inúmeros debates. Alguns autores citados neste trabalho argumentam que a idade não pode ser o único critério de vulnerabilidade. Eles defendem que o legislador deve considerar o contexto mais amplo do menor, incluindo suas capacidades de escolha e consentimento, bem como suas vivências sexuais.

Por outro lado, o consentimento do menor nem sempre é um critério adequado, uma vez que, conforme demonstrado na pesquisa, há uma forte tendência de que o estupro de vulnerável ocorra em ambientes permeados por coerção e intimidação psicológica da vítima. Este fenômeno é corroborado por estudos que apontam a maioria desses crimes ocorrendo em contextos intrafamiliares.

As principais vítimas continuam sendo mulheres, como indicado pela literatura pesquisada, refletindo o machismo arraigado na cultura da sociedade, que reduz as mulheres a meros objetos de satisfação dos desejos masculinos, negando-lhes sua humanidade. Nesse contexto, o estudo destacou o recente caso de um médico anestesista que estuprou uma paciente durante o trabalho de parto.

Este caso representa uma clara violação dos direitos da mulher, incluindo o direito à saúde, a um parto seguro, o controle sobre seu próprio corpo e sexualidade e sua dignidade humana. Diante de tal violência, a pessoa perde completamente a autonomia sobre si mesma, sua liberdade de escolha e capacidade de decidir sobre sua própria vida.

A dignidade humana é um princípio fundamental que orienta todo o ordenamento jurídico. Não basta aos cidadãos apenas existir; é crucial que vivam em condições de justiça social. Garantir a dignidade humana envolve diversos elementos essenciais para a realização plena do indivíduo, que abrangem não apenas aspectos materiais, mas também psicossociais.

Para as vítimas de estupro, as consequências são extremamente severas, tanto física quanto psicológica. Além do risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis, infecções e gravidez indesejada, elas também enfrentam doenças mentais e psicológicas. O estupro pode resultar em uma variedade de transtornos, incluindo depressão, ansiedade, distúrbios alimentares, tentativas de suicídio, medo intenso e traumas profundos.

Portanto, conclui-se que o estupro de vulnerável é um ataque integral ao indivíduo. Ele impacta diretamente suas experiências coletivas e individuais. A dignidade sexual, como discutido ao longo deste estudo, é uma condição fundamental da dignidade humana, essencial para garantir que o indivíduo possa exercer seus valores, costumes, crenças e liberdade sexual plenamente.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 209, p. 8-9, abr. 2010.

BOHNENBERGER, Marina; BUENO, Samira. Os registros de violência sexual durante a pandemia de Covid-19. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, p. 110-117, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/7-os-registros-de-violencia-sexual-durante-a-pandemia-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL DE FATO. *Anestesista que estuprou grávida durante parto ganha milhares de seguidores nas redes sociais*. Rio de Janeiro, 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/07/12/anestesista-que-estuprou-gravida-durante-parto-ganha-milhares-de-seguidores-nas-redes-sociais>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. *Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Diário do Senado Federal, Brasília, 14 set. 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

CASTRO, Leonardo. *Legislação comentada – artigo 217-a do CP – estupro de vulnerável*. 2014. Disponível em: <http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DSM-5. [American Psychiatric Association]. *Manual diagnóstico e estatístico de transtorno*. Porto Alegre: Artmed, 2014. 948 p. Disponível em: http://dislex.co.pt/images/pdfs/DSM_V.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516/374>. Acesso em: 13 jul. 2022.

FILARD, Mariana Faria. *O princípio da dignidade da pessoa humana e os delitos sexuais: o estupro de vulnerável e a (in)validade do consentimento da vítima*. 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2011. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2142/1/Mariana%20Faria%20Filard.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

IMMIG, Emanuelle; ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. Estatuto da pessoa com deficiência x Estupro de Vulnerável. In: MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11., 2018, Itapiranga. *Anais [...]*. Itapiranga: NUPEDIR, 2018. Disponível em: <http://faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/XIMICDIR/arquivos/artigos/ART21.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

JOSÉ, Edileusa Tavares. *Pedofilia: uma abordagem científico-jurídica*. 2018. 48 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Núcleo de Trabalho de Curso de UniEvangélica, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/573/1/Monografia%20-%20Edileusa%20Tavares.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

KEMPER, Flavia Baldini. *Estupro de vulnerável e garantia do direito à sexualidade às pessoas com deficiência: A (aparente) antinomia entre as normas que conferem proteção e autonomia às pessoas com deficiência no que se refere à liberdade sexual*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 14 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/ver/10444/estupro-de-vulneravel-e-garantia-do-direito-a-sexualidade-as-pessoas-com-deficiencia>.

com.br/consulta/Artigos/53606/estupro-de-vulneravel-e-garantia-do-direito-sexualidade-s-pessoas-com-deficiencia-a-aparente-antinomia-entre-as-normas-que-conferem-proteo-e-autonomia-s-pessoas-com-deficiencia-no-que-se-refere-liberdade-sexual. Acesso em: 10 jul. 2022.

LIMA, Daniel; MUNIZ NETO, José. *Doença mental e estupro de vulnerável*. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/793409682/doenca-mental-e-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 18 jul. 2022.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do Direito à Dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2400/1651>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MAIA, Clarice Gomes de Medeiros. Violação do Princípio da Proteção Integral: O estupro de vulnerável no âmbito familiar. *FIDES*, Natal, v. 11, n. 1, p. 440-451, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/475/489>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MARAFIGA, Caroline Velasquez; FALCKE, Denise. Perfil sociodemográfico, judicial e experiências na família de origem de homens que cumprem pena por estupro de vulnerável. *Aletheia*, v. 53, n. 2, p. 90-105, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://posgrad.ulbra.br/periodicos/index.php/aletheia/article/view/6279/3933>. Acesso em: 12 jul. 2022.

MARQUES, George. Abusadores dentro de casa: maioria dos estupros de vulneráveis são causados por familiares ou conhecidos da família. *Forum*, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/2019/3/8/abusadores-dentro-de-casa-maioria-dos-estupros-de-vulneraveis-so-causados-por-familiares-ou-conhecidos-da-familia-53637.html>. Acesso em: 10 jul. 2022

MICHEL, Aline Ferreira Buta. *O estupro de vulnerável e a proteção da dignidade sexual*. 2020. 34 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, Anápolis, 2020. Disponível em: <http://45.4.96.19/bitstream/aee/16927/1/Monografia%20-%20ALINE%20BUTA.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MORAES, Guilherme Machado. *Abuso infantil e pedofilia: perspectivas psicológicas, aspectos penas e sanções controversas*. 2015. 62 f. Monografia de Graduação (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11438/Monografia%20-%20Guilherme%20Machado%20Moraes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jul. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patricia Monteiro da; SILVA, Rafael Zanon da. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Doutrinas essenciais*. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Júlia Mitke Reis; AUGUSTO, Cristiane Brandão. Estupro de vulnerável intrafamiliar contra meninas: uma problemática de gênero. *Revista Eletrônica OAB*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 1-24, jul./ago. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2021/08/Texto-ESTUPRO-DE-VULNER%3%81VEL-INTRA-FAMILIAR-CONTRA-MENINAS.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

SILVA, Paulo Henrique de Souza; VIEIRA, Guilherme Soares. Estupro de vulnerável durante a pandemia de Covid -19: estatísticas subnotificação. *Latin American Journal of Development*, Curitiba, v. 4, n. 3, p.745-756, maio/jun. 2022. Disponível em: <https://latinamericanpublicacoes.com.br/ojs/index.php/jdev/article/view/1058>. Acesso em:12 jul. 2022.

VASCONCELOS, Débora Shaula Alencar de. *Estupro de Vulnerável*. 2011. 63 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/472/3/20882364.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

VILELA, Pedro Rafael. Mais de 70% da violência sexual contra crianças ocorre dentro de casa. *Agência Brasil*, Brasília, 18 maio 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-05/mais-de-70-da-violencia-sexual-contra-criancas-ocorre-dentro-de>. Acesso em: 30 jul. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 24/10/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/12/2022

- Avaliação 1: 25/01/2023
- Avaliação 2: 25/05/2024
- Decisão editorial preliminar: 25/05/2024
- Retorno rodada de correções: 11/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 18/07/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E DA LIVRE INICIATIVA NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

THE VALUING HUMAN WORK AND FREE INITIATIVE IN THE CONTEMPORARY CONTEXT

JOSANY KEISE DE SOUZA DAVID¹
CARLA VIDAL GONTIJO ALMEIDA²

RESUMO

Neste artigo, buscar-se-á refletir sobre a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa no contexto contemporâneo e como tais fundamentos identificam e reconhecem a força de trabalho como um direito social que confere às pessoas existência digna na ordem econômica constitucional. A título de pergunta-problema visa responder como a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa se articulam com a exigência constitucional da dignidade da pessoa humana? Para respondê-la, o artigo está estruturado em três seções de conteúdo: análise principiológica da dignidade da pessoa humana para a compreensão conceitual do trabalho como direito social e, por conseguinte, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa para tratar da ordem econômica: a) a busca pelo pleno emprego e b) redução das desigualdades regionais e sociais. Em sequência, destaca-se em linhas gerais, a pandemia Covid-19 no Brasil, frente às consequências nefastas desse período para o trabalho e sua relação intrínseca com a ordem econômica. Metodologicamente, utilizou-se pesquisa bibliográfica alinhada à pesquisa jurídico-sociológica. Constatou-se que a sociedade passa por nova transformação das relações de trabalho e emprego, sobretudo após um período que poderia resultar na

- 1 Advogada. Mestranda em Constitucionalismos e direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas. Graduada em Direito pelo Centro Universitário FAMETRO. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Informática na Educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Estado do Amazonas. Atualmente é Assessora Técnica Jurídica da Rede Municipal de Ensino na Secretaria Municipal de Manaus/AM. E Professora Voluntária das disciplinas de Direito Tributário e Direito do Trabalho na Universidade Federal do Amazonas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9741-4239>
- 2 Professora e Pesquisadora (Adjunto A, Nível I) da Universidade Federal do Amazonas - Faculdade de Direito/ Iotação Departamento de Direito Público Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas. Membro docente da Coordenação do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Amazonas: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia. Possui doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS - Programa de Pós-graduação em Psicologia. Mestrado pela Fundação Pedro Leopoldo, Pedro Leopoldo/Minas Gerais - Programa de Mestrado em Administração. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS - Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil. Possui Curso de Extensão pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE) "Cidadania do Século XXI, Direito Penal e Sociedade Global". Possui Curso Moodle para docentes em EAD - Universidade Federal do Amazonas.(Programa de Formação no Ambiente Virtual da UFAM). Possui Curso 5o Módulo de Comunicação não violenta e Curso Assédio Moral em Tempos de Pandemia pelo Programa de Desenvolvimento Geral/Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas da Universidade Federal do Amazonas. Professora Formadora do Programa Nacional de Administração Pública PNAP/ CAPES- Centro de Educação a Distância (CED) /Universidade Federal do Amazonas pelo Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB) no Curso de graduação em Administração Pública 2019/2020. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas e Membro/Conselheira no CONSEPE Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade Federal do Amazonas (2020/2022). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2890-7803>

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

DAVID, Josany Keise de Souza; ALMEIDA, Carla Vidal Gontijo. A valorização do trabalho humano e da livre iniciativa no contexto contemporâneo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 193-212, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9673>.

real extinção da raça humana em determinadas regiões. Sendo, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa os fundamentos alicerces para reestruturação da ordem econômica constitucional que através dos seus princípios: a busca do pleno emprego e da redução da desigualdade regional e social tutela questões de necessidade e convivência social que dão sentido à existência digna.

Palavras-chave: ordem econômica constitucional; valorização do trabalho humano; livre iniciativa; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

In this article, we will seek to reflect on the appreciation of human work and free enterprise in the contemporary context and how such foundations identify and recognize the workforce as a social right that gives people a dignified existence in the constitutional economic order. As a problem question, it aims to answer how the appreciation of human work and free enterprise are linked to the constitutional requirement of human dignity? To answer it, the article is structured into three content sections: principled analysis of the dignity of the human person for the conceptual understanding of work as a social right and, consequently, the valorization of human work and free initiative to deal with the economic order : a) the search for full employment and b) reduction of regional and social inequalities. Next, the Covid-19 pandemic in Brazil stands out in general terms, given the harmful consequences of this period for work and its intrinsic relationship with the economic order. Methodologically, bibliographical research aligned with legal-sociological research was used. It was found that society is undergoing a new transformation in work and employment relations, especially after a period that could result in the real extinction of the human race in certain regions. Since, the valorization of human work and free initiative are the foundations for restructuring the constitutional economic order that, through its principles: the search for full employment and the reduction of regional and social inequality, protects issues of need and social coexistence that give meaning to dignified existence.

Keywords: constitutional economic order; appreciation of human work; free initiative; dignity of human person.

1. INTRODUÇÃO

A história do direito ao trabalho apresenta inúmeras raízes que compreendem elementos culturais moldados a partir da luta pelo direito de atuar social, econômica e politicamente considerando conceitos como gênero, raça e etnicidade³. Enquanto atividade essencialmente humana, a força de trabalho modifica a sociedade e a vida das pessoas, conferindo-as existência digna.

Conforme dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil apresentou redução na taxa de desemprego de 9,1% no segundo semestre de 2022. Contudo, ocupa quinto país com a maior em taxa de desocupação no ranking de 40 países. Tal fato demandou atenção para a questão principiológica da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa no contexto contemporâneo.

Diante do paradigma tecnológico que adequou os modos de produção do mercado, bem como a decorrência da pandemia Covid-19 à luz da redução das distâncias físicas, o presente estudo tem como objetivo trazer reflexibilidade acerca da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa com enfoque na dignidade do trabalhador e da trabalhadora sob a ótica da ordem econômica constitucional.

3 Etnicidade é o conjunto de características comuns a um grupo de pessoas, que as diferenciem de outro grupo.

Em seguimento à pesquisa, a metodologia valer-se-á da pesquisa bibliográfica alinhada à pesquisa jurídico-sociológica. De maneira que se norteia a título de pergunta-problema: Como a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa se articulam com a exigência constitucional da dignidade da pessoa humana? Em atenção à resposta, o objetivo geral da pesquisa é analisar a estrutura da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa no que se delineia de dignidade humana.

Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: abordar o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental nas relações laborais; descrever a compreensão da busca pelo pleno emprego e redução das desigualdades regionais incorporados à ordem econômica constitucional e em sequência, os impactos da Pandemia Covis-19 diante dos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa diante do período de excepcionalidade que perdurou de março de 2020 a abril de 2022.

Sob esse cenário, esta pesquisa se propõe atravessar uma análise sob as perspectivas dos princípios constitucionais que integram premissas de proteção ao trabalho em prol da vida humana digna.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A tutela do direito à vida, protegido constitucionalmente nas cartas brasileiras está inserido no núcleo essencial dos direitos humanos, conferido também aos direitos fundamentais concernente a base da organização econômica, expressamente previsto no caput do art. 5º Constituição vigente.

O direito à vida constitui em si proteções jurídicas. Sem vida não há como se falar em quaisquer outros direitos e garantias fundamentais, pela falta do essencial, o sujeito de direitos. Contudo, ao se falar de dignidade à vida, este implica em disponibilizar o mínimo existencial à pessoa humana para que não viole ao longo de sua existência, o livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como o exercício de sua cidadania em todos os aspectos.

O enunciado basilar da dignidade da pessoa humana e direito à vida ambos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso IV tornam-se instrumentos de alcance para a concretização dos direitos da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como um *princípio político constitucionalmente conformador* (Canotilho); no art. 170, *caput*, como *princípio constitucional positivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin) - ou, ainda, direi eu, como *norma-objetivo*. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo - e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito - com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente emprenhados na realização desse programa - dessa política pública maior - tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição (Grau, 2010, p.198-199).

A partir do dispositivo acima, pode-se identificar que, o direito à vida concedido ao ser humano deve estar em consonância com condições sociais dignas para a concretização dos direitos da pessoa humana. Sob o risco do ser humano, ainda que vivo, seja tratado na condição de mercadoria ou insumo de produção como o capitalismo impõe.

Além disso, o autor Leonardo Vizeu Figueiredo salienta ainda que,

O fundamento da *existência digna* traduz-se no fato do Estado direcionar, ao menos em tese, a atividade econômica para a erradicação da pobreza, acabando com as desigualdades e injustiças sociais. Para tanto, deve aplicar políticas que efetivem uma justa distribuição de rendas (justiça distributiva), fazendo com que as classes menos favorecidas e marginalizadas tenham acesso ao mínimo existencial em todos os setores da sociedade. Observe-se que esse valor é o núcleo de proteção jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esta norma fundamental da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, III, da CRFB. Todavia, deve ser ressaltado que o Poder Público somente deve focar esforços em suas políticas de seguridade social em sua vertente assistencialista, à parcela de população notadamente necessitada, isto é, ao hipossuficiente. Isto porque, em relação à parcela economicamente ativa, deve o Estado focar suas políticas públicas na geração de empregos, de maneira a incentivar a atividade econômica e a capacidade de geração de receitas individuais, que implicará maior arrecadação de receitas para a Nação (Figueiredo, 2011, p. 55-56).

Refletindo-se agora por esse contexto, a dignidade da pessoa humana se justifica para que o ser humano possa autodeterminar-se, de forma plena, e dentro do que é permitido à comunidade a que pertence, respeitada sua integralidade pessoal e à coletividade a nível plural. Ao entender o direito à dignidade, vê-se que a garantia do direito à vida por si, não garante a efetividade do direito à vida e à dignidade, majoritariamente indisponíveis.

O segundo aspecto que Figueiredo (2011) traz à reflexão é o papel do Estado de prestador positivo, cuja assistência social repercute como política social, na promoção apenas daqueles que não dispõem de condições, declarados em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Sendo dado ao poder Estatal a incumbência do provimento jurisdicional de dar incentivo a atividade econômica, bem como recursos para fomento de receitas derivadas⁴ para o movimento orçamentário por meio de trabalho, na concepção de trabalho digno e decente conforme será abordado no tópico seguinte.

2.1 O TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL

A palavra trabalho deriva do latim *tripalium*, que se traduz em *tri* (três) e *palus* (pau), que significa instrumento de tortura, com a estrutura de três paus móveis, em formato triangular, com que se podiam contundir os braços e as pernas de um réu. Sendo ao mesmo tempo utilizado como instrumento agrícola para lavrar a terra e descompactá-la (Besselaar, 1994).

O trabalho, ao longo dos séculos, permaneceu associado à sua raiz de atividade típica da mão de obra escrava, não atribuída às pessoas pertencentes à nobreza. Historicamente

4 Receitas derivadas: são as que provêm do constrangimento sobre o patrimônio particular. São os tributos (com exceção dos empréstimos compulsórios, pois estes constituem entradas provisórias) e as penalidades (pecuniárias - multa - ou não - perdimento e apreensão de bens etc.).

exercido por quem era dado como coisificado, ou ainda, não digno ou digna, mesmo exercido por uma pessoa.

Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política (Martins, 2012, p. 4).

Pelo enxerto acima, o autor sugere que a atividade humana dada pelo trabalho, era destinada à servidão dos seus senhores, cuja relação era verticalizada, subordinada, e sem quaisquer proteções àqueles que executavam as tarefas demandadas. Caracterizada como uma atividade penosa, sem qualquer benefício de bem-estar, o trabalho seguiu assim enquadrado no sistema escravista, no sistema feudal e continuamente sob outro ângulo, no sistema capitalista.

Permanecendo interpretado pelo estigma de subalternidade por longos períodos, o trabalho, conforme sua etimologia, elucida dois significados: por um lado, tortura, sofrimento e dor e por outro, objeto para cultivo e aproveitamento. O autor José Manuel de Sacadura Rocha prossegue na reflexão:

A construção do homem pode ser resumida em **Trabalho**. O trabalho é para o homem seu “inferno” e seu “paraíso”. Mesmo nas teorias “criacionistas” – a criação divina –, o trabalho aparece como fundamento de sua ontologia – a construção de seu ser. Pelo trabalho os hominídeos, ancestrais dos humanos, se transformaram ao longo de milhões de anos e puderam produzir a humanidade tal como a conhecemos em nossos dias – teoria evolucionista. Desde os estudos de Charles Darwin, no século XIX, até hoje, a antropologia e as demais ciências parecem confirmar essa evolução a partir de circunstâncias de necessidade, de sobrevivência e adaptação à natureza (Rocha, 2008, p. 30).

Nota-se, de acordo com o autor acima, que o trabalho humano não se confunde com a atividade exercida pelos não humanos, uma vez que o processo de trabalho é dado a partir do pensar. Logo, o trabalho é atividade essencialmente humana que dá possibilidade de garantir a subsistência e a vida em coletividade. Além de proporcionar modificações na maneira de gerir a própria vida, a relação com os demais, bem como os processos de desenvolvimento e crescimento econômico em que o trabalho se configura.

Perpassado o período do movimento abolicionista iniciado em 1888, o contexto da revolução industrial, delineia o trabalho como um direito regulamentado no ordenamento vigente, a partir do Tratado de Versalhes, da Conferência Internacional do Trabalho e da Liga das Nações em meados de 1919, tendo em vista as reivindicações e greves operárias.

Acerca destes movimentos, Howard J. Sherman e E. K. Hunt (2021) abordam que

A indústria de tipo artesanal, onde o artesão era, a um só tempo, o proprietário da oficina, dos instrumentos de trabalho e das matérias-primas, atuando como pequeno empresário independente, foi substituída em grande parte, no século XVI, pelo sistema manufatureiro doméstico (*putting-out system*) nos ramos industriais voltados para exportação. Inicialmente o mercador-capitalista limitava-se a fornecer ao artesão independente a matéria-prima, remunerando-o para que a transformasse em produtos acabados. Desse modo, o capitalista tornava-se o proprietário do produto ao longo de todas as etapas de produção, ainda que o trabalho continuasse sendo realizado em oficinas independentes. Numa fase posterior do sistema manufatureiro doméstico, o mercador capitalista passou a ter propriedade das máquinas e dos instrumentos de

trabalho e, frequentemente, do prédio no interior do qual a produção se realizava. Contratava trabalhadores para acionarem os instrumentos de trabalho, fornecia-lhes as matérias-primas e apropriava-se dos produtos acabados. Ao invés de vender o produto acabado ao mercador, como acontecia antes, o trabalhador passou a vender apenas a sua força de trabalho (Sherman; Hunt, 2021, p. 27-28)

Por tais movimentos humanos, agora auxiliados pela tecnologia avançada, o trabalho como atividade humana, passou a ver o trabalhador e a trabalhadora, a partir da sua produtividade, vez que para a produção mecanizada acontecer era imprescindível a regularidade absoluta dos movimentos humanos, para o devido funcionamento dos equipamentos e dos instrumentos de produção (Martins, 2017).

Diante desse contexto, o trabalho assalariado tem seu nascedouro. O tempo passa a ser fator determinante e ter estrita relação com o desenvolvimento da sociedade capitalista, sendo o trabalho humano imprescindível para o bom resultado da interação com as máquinas e a produtividade, sendo predominante o contrato de trabalho em consonância com a regulamentação do direito liberal e individualista imposto pelas condições econômicas.

Salienta-se que esse período inicial, envolveu formas de produção humana que pouco se preocupavam com condições dignas de trabalho e respeito a capacidade de produção de cada trabalhador, peculiar a cada indivíduo. O que se denominou de autonomia de vontade para contratar e trabalhar disposto no direito civil, ainda não condizia com o pactuado Direitos Humanos. Período em que o tempo à disposição do empregador engendrou contextos de miséria humana pelo capitalismo.

Pelo processo nomeado de “Constitucionalismo Social”, que o trabalho como direito social recebeu a tutela de direitos trabalhistas e normas de proteção aos trabalhadores nos textos constitucionais, sendo pioneiras a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Ambas as Constituições, alcançaram a tutela a nível internacional do trabalho como um direito a ser protegido. A esfera existencial da pessoa humana no ambiente laboral, no que tangencia ao próprio viver, à segurança, à vida privada, à integridade moral e psíquica, à igualdade de tratamento independente de raça, idade ou gênero começam a ser discutidas e regulamentadas como direitos dos trabalhadores a nível constitucional.

Nesse contexto, é a partir da Carta brasileira 1934 que o direito fundamental ao trabalho emerge de forma expressa. E somente na Constituição Democrática de 1988 que passa a ser tratado como um direito social. Expresso no artigo 6º da CRFB/1988, com o escopo de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como a pobreza e a marginalização é incorporado no rol dos direitos sociais em conjunto com moradia, alimentação e lazer.

Decorrente destas expressões legislativas, Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 485), narra que o tratamento de natureza regulamentar acerca do trabalho, reposiciona o Poder Executivo a instaurar regulamentos, portarias e demais atos normativos a realizar a política econômica nacional. Motivando novos instrumentos legais para viabilidade do trato dado ao âmbito do direito social ao trabalho.

O código que regulamenta as relações trabalhistas, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, datada de 1943 se estrutura conforme a Constituição Federal, os tratados internacionais e demais leis esparsas, estabelecendo o Princípio da Proteção ao trabalhador em toda sua

aplicação, em razão da desigualdade material inerente a relação empregatícia. Mantendo a flexibilização existente nas relações de trabalho na justificativa que a relação entre capital e trabalho invoca o dinamismo da realidade e da evolução social.

Nesta linha intelectual, o *caput* do artigo 8º da CLT autoriza a utilização de diversos mecanismos de integração da norma como princípios, equidade, analogia, usos e costumes, direito comparado e etc., com o intuito de trazer equilíbrio a possível conflito, trazendo a possibilidade interpretativa de ampliar ou restringir os direitos laborais para atender o interesse público, à razoabilidade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Dessa maneira, compreende-se a importância de garantir a tutela do direito ao trabalho no núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que é através da atividade humana do trabalho que se concebe a aquisição dos direitos patrimoniais, como moradia e assegura-se a alimentação e o desfrute do lazer. Ou seja, o direito ao trabalho está integrado aos demais direitos relacionados às faculdades pessoais.

Portanto, mais que apresentar-se como um direito social, o direito ao trabalho oportuniza ao indivíduo a construção do seu projeto existencial, dando sentido à vida, bem como enseja transformações do processo de estruturação econômica dos núcleos sociais a qual pertence. Assim, o autor Cleber Lúcio de Almeida ao citar Hugo Sinzheimer, preceitua que,

ao Direito do Trabalho não pode ser negada dimensão política, que decorre da sua relevância na criação das condições jurídicas e materiais necessárias à participação dos trabalhadores na definição das políticas sociais e econômicas do estado.

Hugo Sinzheimer assevera, nesse sentido, que

[...] o Direito do Trabalho rechaça conscientemente a concepção meramente econômico material das coisas. Expressa a ideia da economia do homem, que penetra cada vez mais em nosso tempo. O Direito do Trabalho faz valer uma nova concepção do homem, vem realizar a “humanidade real”, que é muito mais do que uma simples humanidade ideológica. Quem se depara com a história do Direito do Trabalho verá claramente ante si este impulso em direção à dignidade humana, que se faz efetivo no Direito do Trabalho (Almeida, 2015, p. 238).

O excerto acima, compreende a perspectiva que a história do Direito do Trabalho é algo inerente à própria natureza humana, que em contínua interação com a sociedade, configura-se para satisfazer suas necessidades dentro das possibilidades e/ou oportunidades laborais em que é apresentado.

Ademais, o trabalho é o meio pelo qual a sociedade organiza e mantém a ordem econômica de todas as sociedades, independentemente de adotar ou não o regime capitalista. Por essa razão, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa apresentam-se como fundamentos e objetivos da ordem econômica brasileira surgidos na necessidade da realidade, da evolução social, econômica, política, cultural e tecnológica.

2.1.1 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

O Direito do Trabalho é protetivo ao trabalhador. Com isso, exprime uma dimensão própria no ordenamento jurídico, tendo por institutos fundamentais a relação de emprego no plano

individual e a negociação coletiva no plano coletivo. Isso se deve em virtude da vulnerabilidade do sujeito trabalhador apresentar-se em desigualdade material com o empregador.

Nesta interpretação, o legislador constituinte prevê a competência legislativa da União para as normas de Direito do Trabalho no artigo 22, inciso I da CRFB/1988. De igual modo, expressa a dimensão protecionista no artigo 170 da CRFB/1988 ao tratar da ordem econômica na garantia expressa do fundamento da valorização do trabalho humano para o atendimento dos ditames da justiça social⁵.

Nesta perspectiva, é preciso compreender o fundamento intitulado da valorização do trabalho humano a partir do espectro protetivo-socializante em que o trabalho humano é enunciado como um valor. O autor Humberto Ávila leciona que “podemos conceituar os valores como sendo todos os preceitos fundamentais sobre os quais a sociedade se baseia, como primazia axiológica sobre os demais (...) que lhes outorga cogência por meio da norma jurídica”. (Ávila, 2018, p. 53).

Como visto, o termo valor advém da carga axiológica estabelecida pelo legislador constituinte considerando a harmonia constitucional das normas que compõem os objetivos republicanos de construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CRFB/1988) e da promoção da legislação ordinária trabalhista expressa no artigo 170, caput da CRFB/1988, em que confere a valorização do trabalho humano como o primeiro dos valores que tutelam constitucionalmente a Ordem econômica na Carta Magna de 1988.

À vista disso, Masso (2013) infere que a valorização do trabalho humano representa o desenvolvimento da atividade econômica da qual o Estado ao reconhecer a importância de proteção ao trabalhador e da trabalhadora para o equilíbrio dos impactos socioeconômicos tem o papel de promover empregabilidade. Destacando ainda que, a criação de condições protetivas não discriminatórias incentiva a sustentabilidade da ordem econômica dentro da dinamicidade da alteração da cultura do trabalho (art. 3º, IV, CRFB/1988).

É oportuno destacar que, a valorização do trabalho humano, sendo um princípio que fundamenta a ordem econômica, integra às normas restringíveis⁶ e de eficácia contida⁷, como reza o art. 5º, inciso XIII da CRFB/1988 (Bastos, 2014). Embora seja declarada a liberdade para exercer o trabalho, ofício ou profissão, de qualquer natureza legal, o exercício sociolaboral deve estar em congruência com o ordenamento jurídico vigente.

Outro ponto interessante, é que a valorização do trabalho humano está de acordo com os direitos fundamentais de segunda dimensão⁸, conforme registra-se a evolução dos Direitos Humanos. Nesse entendimento, o resgate da cidadania para o trabalho comporta duas dimen-

5 Justiça social: O significado do termo “justiça” compreende o acesso, o equilíbrio e a igualdade de participação nas instituições sociais. O justicado socialmente é o que possui os mesmos direitos e oportunidades de usufruir os bens para a satisfação de suas necessidades básicas. A justiça social é o que faz o homem digno. O acesso à educação, à saúde, à cultura etc. é que equilibra as desproporções econômicas que muitas vezes são a consequência natural do mundo capitalista. (MASSO, Fabiano Del. Direito econômico esquematizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 64)

6 Normas Restringíveis: suas normas podem sofrer restrições não só por outros dispositivos constitucionais, como também por normas legais.

7 Normas constitucionais de eficácia contida: São normas que estão aptas a produzir todos os seus efeitos desde o momento da promulgação da Constituição, mas que podem ser restringidas por parte do Poder Público.

8 Direitos de Segunda Geração: Ligados ao valor de igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. Direitos que, para serem garantidos, necessitam, além da intervenção do Estado, que este disponha de poder pecuniário, seja para criá-las ou executá-las.

sões, a econômica e a humana, correspondendo ao trabalhador e a trabalhadora, à titularidade dos direitos sociais (Almeida, 2015).

Assim, ao se debruçar sobre o tema, os autores acima deixam claro que a valorização do trabalho humano como um direito de segunda geração contribui para além das relações sociolaborais. Isto é, coloca os direitos do trabalhador empregado no amplo consenso social de promoção da dignidade da pessoa humana, incluso seu projeto de vida. Deixando lúcido o entendimento que o alicerce do direito ao trabalho não é suficiente, sendo necessária à sua consagração com os demais valores sociais constitucionalmente definidos.

Em contínua compreensão acerca do tema, Lafayete Josué Petter (2005) acrescenta:

Tome-se a noção de que valorizar o trabalho humano diz respeito a todas as situações em que haja mais trabalho, entenda-se, mais postos de trabalho, mais oferta de trabalho, mas também àquelas situações em que haja melhor trabalho, nesta expressão se acomodando todas as alterações fáticas que repercutam positivamente na própria pessoa do trabalhador (e.g., o trabalho exercido com mais satisfação, com menos riscos, com mais criatividade, com mais liberdade etc.). Por meio deste fundamento constitucional emerge a relevância jurídica da condição de sujeitos socialmente sob proteção, pois o Estado há de se fazer mais presente, eliminando fatores de inferioridade na composição dos equilíbrios sociais. Também há valorização do trabalho humano quando o trabalho não sofre tratamento antisonômico, como é o caso em que remunerações diferenciadas são estipuladas, única e exclusivamente, com base no gênero ou na cor dos trabalhadores, o que é de todo intolerável e discriminatório. Neste sentido, a remuneração do trabalho deve guardar estrita relação com o seu exercício, ou o que dele decorra, e não ser dimensionado por fatores outros, que nada lhe dizem respeito. Num sentido material, então, valorizar o trabalho humano é retribuir mais condignamente àquele que se dedicou à empresa (tarefa, empreitada) para a qual foi contratado. Num ambiente onde se verifique a efetividade dos direitos sociais previstos nos arts. 6^a a 11 da Constituição Federal, as chances de que tal situação venha a ocorrer são maiores (Petter, 2005, p. 154-155).

As afirmações feitas na transcrição acima, identificam a valorização do trabalho como uma atividade humana laborativa que trata não apenas de fonte de subsistência para o trabalhador, mas também de ser o exercício afeto ao seu espaço pessoal. Obtendo o caráter político e ideológico que viabiliza realização de um projeto de vida afeto a sua personalidade, a sua honra, a sua imagem, atrelado a empresa ou organização em que se encontra vinculado.

Dentro dessa realidade, o autor revela que a tutela da valorização do trabalho humano é compatibilizada como um fundamento princípio constitucional, sendo imprescindível diante da dinamicidade das relações trabalhistas, sobretudo com as novas relações de trabalho advindas com a introdução das novas tecnologias de informação e comunicação vivenciadas em sociedade. Desconsiderar tal fundamento, frustraria objetivos pessoais e estagnaria o crescimento econômico em aspectos quantitativos em virtude do vínculo à qualidade de vida ter relação direta com a relação de trabalho.

2.1.2 LIVRE INICIATIVA

O fundamento da livre iniciativa trazido ao ordenamento econômico para a liberdade de atuar no mercado sem as ingerências do Estado tem sua gênese no período já citado de “revolução industrial”. Conforme explana Paula A. Forgioni (2013),

A relação maestro e aprendiz é substituída por aquela entre padrão e empregado. Este assume o risco do empreendimento, pois efetua o investimento, e seu retorno depende da produção das fábricas. (...) A noção de mercado deixa de ser relacionada apenas ao local ou à reunião de pessoas em torno de trocas, para fundir-se às ideias de concorrência e de liberdade econômica. O mercado é a arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidade de troca. A força concorrencial vem reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob a égide da liberdade econômica. Livre iniciativa e livre concorrência tornam-se princípios do sistema (Forgioni, 2013, p. 55-57).

Arrematada pela velocidade das indústrias, a autora acima destaca que a economia global precisou ser remodelada para adequar-se à modernização que emergiu da própria iniciativa humana com o desenvolvimento capitalista, sob o risco de tornar a produção disfuncional.

Além desse cenário, novos administradores e empregadores demandavam de incentivos para investir e empregar, leia-se, contratar pessoas, reconhecido o vínculo trabalhista do trabalho prestado, de forma pessoal, não eventual, com onerosidade e alteridade como dispõe o artigo 3º da CLT. Sem tal flexibilidade dada pela liberdade no mercado capitalista seria inviável participar do dinamismo em que o mercado atua da qual a livre concorrência também atua determinando produção, preço e lucro.

De acordo com Américo Luís Martins da Silva (2003),

A liberdade de iniciativa traduz-se na livre empresa, sobre a qual recai a maior ênfase da nossa estrutura econômica. A Constituição Federal de 1969, em seu art. 170, deixava isso muito claro, ao estabelecer que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”. Assim, as atividades econômicas, de acordo com a Carta de 1969, competiam originária e preferencialmente à iniciativa privada, só cabendo ao Estado suprir as deficiências das empresas particulares quando estas se revelarem incapazes de atender à demanda do mercado. A intervenção do Estado deveria ser sempre supletiva e nunca substitutiva ou competitiva com a atividade privada. (...) Porém, ainda assim, a liberdade de iniciativa é um dos primeiros basilares da ordem econômica e envolve as seguintes liberdades:

liberdade de indústria;

liberdade de comércio;

*liberdade de empresa;*e

liberdade de contrato.

(Silva, 2003, p. 68-69)

Dessa maneira, sem liberdade de iniciativa dada às empresas, o Estado teria que além de regulamentar a seara pública e privada, articular e executar os fatores de produção vocacionados ao sistema capitalista, a saber: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. Não à toa, a Constituição Federal reservou um regime jurídico próprio aos particulares e, à iniciativa privada

para dispor sobre a exploração de atividades econômicas para a produção dos bens e serviços fundamentais à vida das pessoas em sociedade. Cabendo ao Estado, a exploração direta tão somente em casos específicos (art. 173º, caput da CRFB/1988).

Acerca do tema, Fábio Ulhoa Coelho (2016) aponta em seus estudos que, a estruturação da produção ou circulação de bens ou serviços é tarefa complexa que demanda a união de recursos financeiros e humanos, materiais e meios tecnológicos para viabilidade de ser inserido e permanecer no mercado consumidor com preço e qualidade competitivos. Além dos riscos inerentes como crises econômicas e/ou políticas, ocorridas a nível nacional e internacional.

Neste bojo, a livre iniciativa tem por fundamento dar acesso à prática da atividade econômica, seja em caráter pessoal ou empresarial. Autonomia de mercado que compreende o desenvolvimento da atividade econômica por meio da repressão ao abuso do poder econômico.

Nesse íterim, Masso (2013, p. 62) sinaliza a referência à livre iniciativa pressupõe que, “o acesso ao mercado é livre, mas a permanência do agente econômico demandará o cumprimento de regras de controle de mercado”, o que afeta a capacidade laborativa conforme os valores expressos individualmente em cada um dos princípios constitucionais.

Assim, o poder reconhecido aos particulares para o desenvolvimento de uma atividade econômica deve abranger direitos fundamentais de cunho econômico e social, também ao empregador. De modo a desenvolver liberdades de iniciativa, melhor qualidade de produtos e preços mais competitivos à coletividade.

Logo, o direito constitucional da livre iniciativa conferiu também existência digna a quem emprega. A título de exemplo, há decisões¹⁰ que reconhecem a legalidade da terceirização na contratação de prestação de serviços, no caso de trabalho temporário, por meio da Lei n. 6.019/1974 – Lei do Trabalho Temporário.

3. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Tudo que fora até aqui analisado traz alicerce para o dispositivo que inaugura a ordem econômica sistematizada em nove princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca pelo pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte que preencham os requisitos conforme dispõe a legística constitucional: o artigo 170 da CRFB/1988.

Considerados como basilares à regulação da economia em face da dignificação da pessoa humana, os princípios como enfatiza o autor Humberto Ávila,

9 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

10 **SÚMULA Nº 256 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.** Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

(...) são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida necessária à sua promoção (Ávila, 2018, p. 102).

Em face a essa compreensão, os princípios pertencentes à ordem econômica constitucional desenvolvem a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo em vista serem instrumentos necessários a realização dos direitos fundamentais que agregam condições necessárias para a vida digna nas dimensões subjetivas (promovendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis) e dimensões objetivas, funcionando como parâmetro regulamentador das tarefas estatais.

Assim, a compreensão da valorização do trabalho humano na ordem econômica constitucional se dá através do conjunto de normas que organizam a estrutura econômica do Estado para atingir os cunhos de objetivo individual e coletivo, referentes à valoração social, agregado à existência digna. De modo que o indivíduo como parte formadora da sociedade alcance através dos diversos aspectos da atividade econômica a dignificação nas relações também afetas ao trabalho humano.

Nas palavras de Eros Roberto Grau,

Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como divergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentalizada através do exercício, pelo Estado (...). Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização - conciliação e composição - a que acima referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica - prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. (Grau, 2010, p. 200-201).

A reflexão trazida por Eros Grau (2010) destaca o reconhecimento entre trabalho e a visibilidade do bem estar dado ao trabalhador traduzido em um direito fundamental da pessoa humana, considerando que a condição degradante de trabalho pode desencadear desorganizações econômicas, comprometendo a produtividade que gerou reflexos no processo histórico da sociedade capitalista.

De igual modo, conforme já explanado, a livre iniciativa representada pela via que dá acesso à sociedade concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana nos mais variados aspectos, tanto sob o prisma formal quanto sob o prisma material positivados no texto constitucional vigente, haja vista o tratamento dado ao cidadão de sujeito ativo ao preceito econômico com liberdade para agir. Como acentua Miguel Reale,

(...) não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins

visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170 (1988, p. A-3).

Assim, pela conjunção dos dois fundamentos, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, foram adotados três princípios que justificam a temática escolhida neste estudo: a busca pelo pleno emprego, a redução das desigualdades sociais e regionais e a defesa do meio ambiente.

3.1 BUSCA PELO PLENO EMPREGO

O termo trabalho é gênero e trata da relação de trabalho de forma ampla na medida em que toda atividade humana a serviço de outrem pode ser considerada uma relação de trabalho. Verifica-se assim, que o trabalho pode ser autônomo, eventual, temporário, oriundo da atividade de estágio e relacionada ao vínculo empregatício.

Por outro lado, a terminologia emprego se situa como espécie do qual trabalho é gênero. Consistindo na presença de subordinação jurídica exercida por meio da figura do empregado. Por essa razão, leis foram criadas para proteção daqueles que trabalham por subordinação, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, tutelando em seus dispositivos: jornada de trabalho, remuneração, estabilidade, vínculo e etc.

Ressalta-se que para a caracterização da relação de emprego, faz-se necessário o contrato de trabalho que deve ser verbal ou escrito, tácito ou expresso, cujo empregado assume a obrigação de prestar serviço, enquanto o empregador se compromete a pagar salário, havendo prevista a subordinação.

Diante disso, a relação de emprego, atua no exercício da atividade econômica subordinada, sendo o Estado responsável por evitar a recessão que se traduz na redução da renda das famílias, do nível de empregabilidade e da própria atividade empresarial por intermédio de políticas de governo.

Conforme entendimento de Leonardo Vizeu Figueiredo, A busca do pleno emprego,

Cuida-se, destarte, da maximização de resultados no que tange ao uso do fator de produção humano, isto é, da mão de obra, dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas jurídicas legisladas pelo Estado. Observe-se que, desta forma, busca-se, por corolário, garantir-se a maximização de resultados por parte do exercício das atribuições sociais do Poder Público. Isto porque quanto mais pessoas estiverem laborando em atividades geradoras de rendas, maior será o volume de arrecadação do Poder Público, via receitas derivadas, sendo menor os gastos com o setor de seguridade social, uma vez que menos cidadãos vão ter que se valer do assistencialismo social, por não necessitarem de auxílios externos para seu sustento e de sua família. Assim, pode o Estado focar seus gastos em atividades promotoras de desenvolvimento tecnológico, pesquisa científica, cultura, dentre outras. (...). Observe-se que, para tanto, o Estado deve adotar políticas anti-inflacionárias, com o fito de preservar o real valor dos rendimentos dos trabalhadores, mantendo seu poder aquisitivo, atuando, ainda, no sentido de garantir condições dignas de trabalho (Figueiredo, 2011, p. 61).

Portanto, o pleno emprego é direito de todos e missão do Estado consagrado no art. 1º, inciso IV, da CRFB/1988 e no princípio constitucional dos valores sociais e do labor em virtude da condição inalienável para o direito à vida com dignidade, evidenciado no atendimento às necessidades básicas que demandam custos financeiros que são oportunizadas através de emprego garantido e à disposição, sobretudo na fase produtiva da vida economicamente ativa.

3.2 REDUZIR AS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

Por esse princípio, localizado no art. 3º, inciso III da CF/1988, o legislador constituinte colocou em pauta o desafio existente entre as regiões no Brasil relacionando a desconformidade isonômica tanto regional quanto social (arts. 43, caput e 170, VII da CF/1988). De acordo com Figueiredo,

Consiste no compartilhamento equânime, em todas as regiões do país, à desenvolvimento social advindo da exploração de atividade econômica. Fundamenta-se no princípio geral de direito do solidarismo que consubstancia todo intervencionismo social, bem como num conceito de justiça distributiva, visto ser uma perspectiva macro, no qual o desenvolvimento da Nação deve ser por todos compartilhado, **adotando-se políticas efetivas de repartição de rendas e receitas com o fito de favorecer as regiões e as classes sociais que se encontram em posição de hipossuficiência em relação às demais** (Figueiredo, 2011, p. 60, grifo nosso).

O autor acima reporta-se que o reconhecimento do desequilíbrio orçamentário deve ser perseguido pelo Estado e pela sociedade para apaziguar a disparidade nos níveis regionais e sociais, enfatizado pela repartição de rendas e receitas que são reflexos no contexto econômico nacional. Por isso, a norma atribui tratamento jurídico diferente visando atenção à isonomia.

É o caso, por exemplo da criação da Zona Franca de Manaus, localizada no Estado do Amazonas/Brasil, que encontra justificação no princípio estudado, em virtude da peculiaridade geográfica afetar o desenvolvimento daquela região. Não à toa, o dispositivo 151 da Constituição Federal veda instituir tributo de forma não uniforme, excetuando as diferentes regiões brasileiras que carecem de proteção constitucional conforme estabelece o art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT de 1988.

A esse respeito, o autor Humberto Ávila manifestou-se:

O que deve ficar claro é que a CF/88 não atribui, à Zona Franca de Manaus, um tratamento privilegiado, isto é, um tratamento diferente sem um motivo que justifique. Ao contrário, foi com a finalidade de buscar uma igualdade de fato inexistente, em virtude de desvantagens geográficas e econômicas, que a CF/88 atribuiu a ela um tratamento jurídico diferente dentro do sistema federativo (2007, p. 69).

Dado o exposto, o fundamento da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa embasam o objetivo de equilibrar as desigualdades regionais e sociais do País, sendo possível, excepcionar tratamentos jurídicos, admitindo incentivos a setores econômicos que tenham empreendimentos em determinadas regiões.

4. OS IMPACTOS DA PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL

Em março de 2020, foi decretado oficialmente a paralisação das atividades econômicas e sociais em virtude da decretação de calamidade pública surgida pela pandemia Covid-19. O contexto mundial, avaliado pela Organização Mundial de Saúde recomendou como medida de segurança à coletividade o isolamento da população em seus lares a fim de evitar riscos de contaminação.

Bordões como #fiqueemcasa marcaram campanhas de saúde pública nos mais variados meios de comunicação. Contudo, tal prevenção e cuidado à saúde trouxe grandes consequências à economia, tendo em vista a paralisação das atividades não essenciais como lojas de departamento, escolas, universidades, academias, restaurantes.

O modelo de quarentena tinha como objetivo reduzir a circulação de pessoas nas ruas diminuindo a possibilidade de contaminação ao Coronavírus (Covid-19), o que não freou o colapso na saúde. Diante disso, a ordem econômica brasileira não ficou imune aos efeitos financeiros da recessão atrelada ao contexto pandêmico.

De acordo com consulta simples em site do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por meio da Pesquisa Pulso Empresa, datado de 30/07/2020 revelou que

Dos 2,8 milhões de empresas em funcionamento na segunda quinzena de junho, 62,4% informaram que a pandemia afetou negativamente suas atividades, enquanto para 22,5% o efeito foi pequeno ou inexistente e para 15,1% o efeito foi positivo. As empresas do setor de Serviços foram as que mais sentiram impactos negativos (65,5%), com destaque para o segmento de Serviços prestados às famílias (86,7%). No Comércio, 64,1% relataram efeitos negativos e na Construção, 53,6%. No setor industrial, 48,7% das empresas destacaram impacto negativo, enquanto para 24,3% o efeito foi pequeno ou inexistente e para 27,0% o impacto nessa quinzena foi positivo (IBGE, 2020).

Registra-se, por tais dados, que o impacto da pandemia Covid-19 resultou em desajustes econômicos, considerando que a sociedade como um todo passou a fazer uso da renda familiar apenas com o necessário para sobrevivência no período de isolamento.

Diante desse emaranhado, os autores Júnior, Gaspar, Coelho e Miziara nomearam a realidade sócio jurídica na seara trabalhista de Direito do Trabalho de Emergência:

Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho de Emergência nega o Direito do Trabalho ou dele se esquece quando se descarta qualquer uso de recursos públicos ou de contribuições empresariais adicionais, certamente em nome do equilíbrio fiscal e do respeito ao teto de gastos (a despeito do paradoxo de já ter sido decretado o estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020), situação que propicia a extrapolação das despesas estatais para enfrentar com mais vigor e liberdade orçamentária as consequências da pandemia do coronavírus), e quando confere autonomia para que as partes derroguem todo edifício normativo de proteção do trabalho empregatício que se situe à margem da Constituição Federal. Assim, para viabilizar o alívio das empresas, transfere o Governo da regulação heterônoma da lei e autônoma das normas coletivas para a autonomia contratual individual a disciplina das medidas de enfrentamento da crise do coronavírus na área trabalhista (Souza Junior et al. 2020, p. 10).

O considerado Direito do Trabalho de Emergência fez nascer a necessidade de se empregar um córtex interpretativo sobre outro prisma. Reconheceu-se a relevância de conjugar valores sociais do trabalho, livre iniciativa, função social da empresa, busca do pleno emprego em prol do princípio da saúde pública e da proteção da coletividade.

A vulnerabilidade do período de contágio do vírus da Covid-19, diante do ainda não regulamentado na legislação trabalhista reflexibilizou variadas ramificações da área do Direito, motivados nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como nos princípios gerais da atividade econômica, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Denise Fincato (2020, p. 7) nomeou esse movimento de flexissegurança

A flexissegurança – conceito segundo o qual pretende-se conciliar dois valores sensíveis e aparentemente antagônicos, a saber, a flexibilidade do mercado e a segurança social dos trabalhadores – parece ser/ou mostrar-se como a única saída às relações de trabalho, em especial às subordinadas. Como resultado, tornaram-se mais leves algumas rotinas e formalidades próprias das relações de emprego – mantendo-se, é claro, os *standards* básicos -, além de se procurar garantir amparo mínimo aos empregados e empregadores que cambalearem diante da catástrofe sanitária.

Tensões às conquistas do trabalho como direito social, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, sustentou-se de outros mecanismos para proteger o direito à vida respeitando o mínimo existencial à dignidade. Descortinado assim que, a ordem econômica não trata somente de relações de trabalho, emprego e economia, mas de toda dinamicidade das relações sociais.

Frente a complexidade desse contexto, posteriormente, a Organização Mundial de Saúde em sua página oficial, realizou um juízo de ponderamento acerca da temática saúde e trabalho em decorrência da Covid-19:

No entanto, estas medidas podem ter um impacto negativo profundo nos indivíduos, nas comunidades e nas sociedades, quase paralisando a vida social e econômica. Tais medidas afetam desproporcionalmente os grupos desfavorecidos, incluindo as pessoas em situação de pobreza, os migrantes, as pessoas deslocadas internamente e os refugiados, que na maioria das vezes vivem em ambientes sobrelotados e com poucos recursos, e dependem do trabalho diário para a sua subsistência.

A OMS reconhece que, em determinados momentos, alguns países não tiveram outra escolha senão emitir ordens de permanência em casa e outras medidas, para ganhar tempo.

Os governos devem aproveitar ao máximo o tempo extra concedido pelas medidas de “confinamento”, fazendo tudo o que puderem para desenvolver as suas capacidades para detectar, isolar, testar e cuidar de todos os casos; rastrear e colocar em quarentena todos os contatos; envolver, capacitar e permitir que as populações impulsionem a resposta social e muito mais.

A OMS espera que os países utilizem intervenções específicas onde e quando necessário, com base na situação local. (tradução livre)

Sensível a uma realidade nunca antes experienciada, a OMS pontuou que equacionar interesses referentes à saúde e ao trabalho não poderiam ser vistos por um único viés. Manifestando-se prudente, cada país deveria apresentar as adaptações razoáveis condizentes a sua realidade para o enfrentamento expansivo da Pandemia Covid-19.

Nesse sentido, diante de um desastre natural biológico, nasceu um ponto de vista relevante que quebrou paradigmas para o mundo do trabalho. Isto é, a estruturação do meio ambiente do trabalho sob a perspectiva da análise da vida humana para o trabalho, e não o contrário do padrão estabelecido às relações de trabalho, como disposto na etimologia histórica da palavra trabalho.

A mudança abrupta do coletivo do trabalho, precisou adaptar-se a estruturas tecnológicas existentes a partir da casa do trabalhador e da trabalhadora. A característica da ininterrupção da prestação de serviços presenciais, passou a preocupar-se com a continuidade da vida coletiva e individual. Etapa em que por meio do instrumento remoto do teletrabalho¹¹, trabalhadores tornaram-se teletrabalhadores e teletrabalhadoras, oficialmente.

É sabido que nem todas as atividades envolvendo leis trabalhistas puderam ser realizadas com o instrumento remoto do teletrabalho, sobretudo pelos modos de prestação de serviços se desenvolverem exclusivamente no modo presencial. Contudo, a possibilidade de continuidade nas atividades intelectivas que dispensavam a presença física nos órgãos e estabelecimentos através dos meios telemáticos e informatizados pode ser viabilizada.

Considerando esse cenário às atividades afetas a livre iniciativa, as empresas que seguiram em funcionamento com seus trabalhadores e colaboradores passaram a atender ao modelo de e-commerce¹². Uma vez que o Estado foi instado a apresentar ações referentes a política fiscal aos empresários e organizações de diversos segmentos que buscaram enfrentar a temporaneidade do crescimento negativo causado pela pandemia Covid-19: alterações nos contratos de trabalhos, débitos trabalhistas, demissões coletivas dos trabalhadores, manutenção do atendimento ao público na modalidade remota home office quando foi possível e etc.

Notadamente, a metodologia adotada pela via do teletrabalho pode ser resumida em um processo temporário, necessário e imperativo que prezou pelo princípio da garantia do mínimo existencial¹³, ao mesmo tempo elencou outros prejuízos e soluções ao meio ambiente do trabalho diante das jornadas de trabalho prolongadas para manutenção da vida individual e coletiva.

A necessidade de vacinação foi condição *sine qua non* para o (re)ingresso seguro às atividades laborativas, articuladas às medidas não farmacológicas como uso de máscaras e distanciamento seguro em espaços sociais.

O cuidado com a saúde pública, e as articulações normativas diante dos impactos da Pandemia Covid-19, reorganizaram como a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa eram visualizados. O destaque desse cenário pandêmico que flexibilizou formas de viver e pensar o mundo do trabalho foi tema da 110ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT)

11 CLT - Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo. § 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa; § 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes; § 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais” (NR).

12 E-commerce, ou comércio eletrônico, é a comercialização de produtos ou serviços pela Internet, em que as transações são feitas via dispositivos eletrônicos, como computadores, smartphones ou tablets. Esse tipo de comércio tem vários tipos de canais de vendas, mas o mais comum é a loja virtual.

13 Princípio do mínimo existencial: Nas palavras de Rawls (1974, p.156) “Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social”. RAWLS, J. *A theory of justice*. Oxford, Oxford University Press, 1980. p. 156.

realizada em junho de 2022. O princípio e direito fundamental à Segurança e Saúde no Trabalho foram incorporadas como quinta categoria a ser observada, independentemente da ratificação das Convenções internacionais.

Traçado esse panorama, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa implicam em um complexo vivo, que não está dissociado dos demais direitos fundamentais como o direito à saúde e à liberdade de locomoção (direito de ir e vir), mas diante do núcleo essencial do direito à vida, aquele supõe a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴ em prol de garantir antes de qualquer outro direito à existência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se a partir do exposto, que os princípios da valorização do trabalho humano é princípio protetivo ao trabalhador. A sua dimensão no ordenamento jurídico, resguarda a relação de emprego no plano individual e a negociação coletiva no plano coletivo. Isso é devido tendo em vista a vulnerabilidade do sujeito trabalhador apresentar-se em desigualdade material com o empregador.

Por sua vez, o fundamento da livre iniciativa movimenta e articula os fatores de produção: capital, mão de obra, insumo e tecnologia, indispensáveis à concretude dos bens e serviços fundamentais à vida das pessoas em sociedade. Nesta reunião quadripartite, o trabalho e o coletivo do trabalho se organizam.

Desse modo, ambos, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, são os fundamentos alicerces para a busca do pleno emprego e da redução da desigualdade regional. Meios que uniformizam padrões e custos de proteção para a força de trabalho do sujeito de direitos, o trabalhador e a trabalhadora.

Com base em tais considerações, concluímos que os trabalhadores formais e informais experienciaram o nomeado Direito do Trabalho de Emergência. O contexto de paralisação das suas atividades produtivas e atendimento à sua clientela no modo exclusivamente presencial, afetou sobremaneira o microssistema econômico de cada setor. Por essa razão os princípios acima citados apresentaram perspectivas outras, frente ao período marcado por restrições e adequações das relações de trabalho da Pandemia Covid-19.

Assim, coube ao Estado, regulamentar o nunca antes experienciado. Conforme disserta a obra “Do contrato social” de Rousseau, é o principal responsável por criar forças intermediárias para dar ordens ao povo, de modo a prover o bom equilíbrio ao governo e aos cidadãos que são ao meio tempo soberanos e súditos.

Na contemporaneidade, o Estado, movimentou-se para novos arranjos em relação à organização do coletivo do trabalho. Gerenciamento da mobilidade humana, o trabalho e as relações

14 O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

de consumo precisaram partir do isolamento social como medida tutelada pelo Estado em prol da saúde pública. As relações de trabalho passaram a serem visualizadas sob a perspectiva principiológica da dignidade da pessoa humana diante de um período de excepcionalidade pandêmica.

Desta forma, o direito social ao trabalho, associado à condição humana, sinalizou o direito à vida, à saúde pública e ao entendimento que os fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa integram a titularidade de direitos fundamentais, ante a possibilidade real e efetiva de acesso e gozo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de Almeida. 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: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27282/2/2015-01-06-2015-06-24-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-denise_fincato-direito_do_trabalho_de_emergencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1 dez. 2022.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ÁVILA, Humberto. ICMS. Tratamento diferenciado para produtos oriundos da Zona Franca de Manaus – Restrições ao crédito por ausência de convênio interestadual. Alíquotas e créditos diferenciados para mercadorias produzidas no Estado de São Paulo. Exame de constitucionalidade das restrições. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 144, set. 2007.
- BESSELAAR, José Van Den. *As palavras têm sua história*. Braga: APPACDM Distrital de Braga, 1994. p. 303-304.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil - 7º volume* (Arts. 170 a 192). Editora Saraiva, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. Editora Malheiros, 2014.
- BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: A degradação do Trabalho no século XX*. 3. ed. Tradução Nathanael C. Caixeiro. Editora Guanabara, 1987.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FINCATO, Denise. *Direito do trabalho de emergência: relações trabalhistas em tempos de Covid-19: manual de operações para empresas*. Porto Alegre: Ed. do Autor, 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_24-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-denise_fincato-direito_do_trabalho_de_emergencia.pdf. Acesso em: 22 set. 2024.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. Editora Malheiros, 2010.
- IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas Econômicas. Pesquisa Pulso Empresa*: 62,4% das empresas foram afetadas negativamente pela pandemia na segunda quinzena de junho. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28402-pesquisa-pulso-empresa-62-4-das-empresas-foram-afetadas-negativamente-pela-pandemia-na-segunda-quinzena-de-junho>. Acesso em: 22 set. 2024.
- MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conferência Internacional do Trabalho acrescenta segurança e saúde aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/conferencia-internacional-do-trabalho-acrescenta-seguranca-e-saude-aos> . Acesso em: 14 set. 2024.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. *Folha de São Paulo*, p. A-3, 19 out. 1988.

ROSA, Elianne Maria Meira. *Constitucionalismo social no MERCOSUL*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2002. p. 18.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA JUNIOR, Antonio Humberto et al. *COVID-19 e os Impactos na Área Trabalhista*. Thomas Reuters; Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <file:///C:/Users/samsung/Downloads/E-book+-+MP+927+comentada+artigo+por+artigo+-+R+MIZIARA,+D+GASPAR,+A+UMBERTO,+F+COELHO.pdf.pdf> . Acesso em: 9 dez. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/07/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/07/2023
- Avaliação 1: 05/07/2024
- Avaliação 2: 05/09/2024
- Decisão editorial preliminar: 13/09/2024
- Retorno rodada de correções: 23/09/2024
- Decisão editorial/aprovado: 23/09/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

THE BRAZILIAN LEGISLATIVE PROCESS, LEGISLATIVE “SMUGGING” IN PARLIAMENTARY AMENDMENTS AND THE CRISIS OF DEMOCRATIC INSTITUTIONS

O PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO,
O “CONTRABANDO” LEGISLATIVO NAS
EMENDAS PARLAMENTARES E A CRISE DAS
INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

ELIANA FRANCO NEME¹

LARISSA BESCHIZZA CIONE²

ABSTRACT

The rule of law and democracy presupposes respect for the legislative process; hence, it is necessary to observe procedural constitutional rules for the elaboration of normative acts and innovation of the legal system. The parliamentary prerogative to present amendments to a bill or to convert a provisional executive order into a law must observe the thematic pertinence, under penalty of violating the Federal Constitution, and ultimately cause the institutional crisis and tarnish the democratic regime itself.

Keywords: constitutional law; legislative process; parliamentary amendments and “legislative contraband”.

RESUMO

O Estado de Direito e a democracia pressupõem respeito ao devido processo legislativo, e para tanto, é preciso observar as regras constitucionais procedimentais para a elaboração dos atos normativos e inovação do ordenamento jurídico. A prerrogativa parlamentar de apresentar emendas a um projeto de lei ou em uma conversão de medida provisória em lei deve observar a pertinência temática, sob pena de violar a Constituição Federal, e em última análise, fomentar a crise institucional e macular o próprio regime democrático.

Palavras-chave: direito constitucional; processo legislativo; emendas parlamentares e “contrabando legislativo”.

- 1 Professora de Graduação da FDRP-USP. Professora do Centro Universitário de Bauru -na Faculdade de Direito. Coordenadora Acadêmica do Centro de Pós Graduação Stricto Sensu da Instituição Toledo de Ensino de Bauru - Cursos de Mestrado e de Doutorado e do MINTER - Mestrado Interinstitucional celebrado entre a Instituição Toledo de Ensino de Bauru e o Centro de Ensino Superior do Amazonas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4429-404X>.
- 2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), com enfoque em desenvolvimento, democracia e instituições. Doutoranda pela Faculdade de Direito “Largo São Francisco” (FD-USP). Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Especialista em Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMPSP). Advogada em Ribeirão Preto/SP. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/2330361274784235>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0893-871X>

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. The brazilian legislative process, legislative “smuggling” in parliamentary amendments and the crisis of democratic institutions. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 213-227, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9115>.

1. INTRODUCTION

The Legislative Process is guaranteed in our Constitution of the Republic since we live under the aegis of the Rule of Law, which is the subordination to the law, created in a procedure provided for a written and rigid constitution. Hence, the rule of law presumes the control of institutional powers by laws created according to pre-established constitutional procedures, which allow open and free popular participation, and with limits on fundamental rights.

Democracy arises from the Rule of Law, a regime designed so that government power is subject to constitutional rules, with provision for limiting its powers. It should be noted that the democratic regime can only function in a State of Law, which is nothing more than a society with formal institutionalization of power, having constitutional rules that determine the responsibilities of the people's representatives, and with limits to the exercise of power, and the fundamental rights of its nationals.

There is no democracy if the people do not govern themselves. The people are the source of power (*Principle of popular sovereignty*) implemented by free elections, (*Representative Principle*), with political opposition, and within the limits of checks and balances (*Principle of Power Limitation*).

The political system *representative* it must be examined from the perspective of the macro principle of legal certainty (Caggiano, 2011), whose central idea is prior knowledge of the law and the treatment that will be given in its application, and as a corollary: (a) legitimate expectations; (b) legality; and (c) the quality of the law.

However, for the proper application of the law, it is necessary to recognize the observance of the legislative process as a prerequisite for the legitimate creation of laws. The legislative process can be understood as "*The coordinated set of provisions that govern the procedure to be followed by the competent bodies in the production of laws and normative acts that derive directly from the Constitution*" (Moraes, 2018, p. 693).

Historically, the *lato sensu* law, became sovereign in the States, and compulsory even to the monarchs of the unitary States, with the Magna Carta of 1215. It is true that in all States, from the most primitive ones, there are exogenous powers, such as economic, religious, etc., which influence the conduct of man, but only the State is authorized to exercise coercion through physical force for the obedience of the rules it institutes.

But the holder of power, once despotic, now exercises his command by means of the law. According to Hobbes, in his masterpiece published in the seventeenth century (*The Leviathan*) the law is an order from the sovereign to his subjects. Sovereign power (implemented by a monarch or by several elected representatives) was not subject to civil laws, for it could revoke them at any time. Thus, "*Hobbes's legal voluntarism is based on a relativism of justice, at least in the face of the limitations of individual reason, and aims at peace*" (Ferreira Filho, 2007, p. 38).

In the same period of history, rooted in liberalism, Locke affirmed that man could live in the "*State of Nature*" because social relations would harmonize by themselves. However, developing his own ideas, he began to assert that man lacked: (i) laws to determine the property of each one; (ii) impartial judges to decide any disputes; and (iii) a public force to restore violated rights. And to define these basic rules, it is necessary to create laws, through the Legislative Branch. In the interpretation of Ferreira Filho (2007, p. 42):

The Legislative Power is, it should be stressed, the main of the powers. It is the supreme power because it fulfills the supreme goal of social life, which is “to have one’s property in peace and security,” which can only be achieved through the laws.

Since the Proclamation of the Republic in 1889, Brazil has tried to establish a legitimate representative democracy, overcoming the monarchy, and reacting against a veiled aristocracy. In this context, for the legitimacy of the exercise of power through representatives, it was necessary to create a set of formal rules and procedures for decision-making.

So, democracy is closely related to the idea of representation, considering that the manifestation of the will of the representative is the expression of the will of the represented.

Elected representatives will use the power for which they were elected, since today’s democracies make the separation of powers. In the eighteenth century, Montesquieu developed studies based on the premise that those who hold power have a natural tendency to abuse it, and thus created his classic work on the separation of powers, with the following thought: *“When in the same person or in the same body of magistracy the legislative power is united with the executive power, there is no liberty; for it is to be feared that the same monarch or the same senate will make tyrannical laws, to execute them tyrannically”* (Book XI, Chapter VI, p. 169). The creation of laws, and their subsequent obedience, is subject to this system. One branch is responsible, especially, for creating the norms of the legal system (Legislative Power), another branch administers the State, based on pre-existing laws (Executive Power), and a last one will decide the conflicts generated by the non-observance and/or interpretation of legal rules (Judiciary).

Hence it is said that the due legislative process for the elaboration of normative species is a corollary of the principle of legality, enshrined in the Federal Constitution, which adds: “No one is compelled to do or refrain from doing anything except by the law” (Article 5, item II, of the Federal Constitution).

Therefore, due to its relevance, only the Constitution of the Republic can establish the rite of the legislative process, including those who can start it, the debates on the relevance of the creation of the norm for the public interest, and the participation of the Executive and Judiciary Branches in the procedure.

2. DUE LEGISLATIVE PROCESS AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC EMANCIPATION

Assumption for the analysis of the theme of this article, that is, *parliamentary amendments*, is the understanding of the legislative process. The Federal Constitution, in its Article 59, provides 7 (seven) normative species, namely:

Article 59. The legislative process shall comprise the drafting of:

- I - amendments to the Constitution;
- II – complementary laws (supplementary laws);
- III - ordinary laws;

IV - delegated laws;

V – provisional measures (provisional executive order);

VI - legislative enactment;

VII - resolutions.

The *parliamentary amendments* only can be presented in the proceedings of ordinary or complementary bill, or in the case of conversion of provisional executive order into law.

It should be noted that a representative cannot amend Constitutional Amendment bills, due to the lack of legitimacy; nor delegated bills, by express constitutional prohibition (Article 68, § 3, *in fine*); and legislative enactment and resolutions have the procedure of the Legislative Houses for deliberation and approval.

The ordinary legislative process, for the approval and promulgation of ordinary or complementary laws, consists of three main stages: the initiative, the deliberation and the complementary phase. It is worth remembering that what distinguishes these two normative types is the subject to be deliberated and the voting quorum (relative majority for ordinary laws, provided that the absolute majority of its members is present in the House, and absolute majority for complementary laws, under the terms of article 69 of the Federal Constitution).

The first stage, doctrinally called the “initiative phase”, does not require a procedure. According to Ferreira Filho (1997, p. 185) “*The initiative is not exactly a stage in the legislative process, but rather the act that triggers it*”.

At this stage, it is necessary to identify the bodies or authorities with legitimacy to initiate the legislative process, which are: any member or Commission of the Chamber of Deputies (House of Representatives), the Federal Senate (Upper House) or the National Congress, the President of the Republic, the Federal Supreme Court, the Superior Courts, the Attorney General of the Republic and citizens (Article 61 of the Federal Constitution).

The initiative can be general or concurrent, i.e., attributed to more than one person entitled to present the bill; or, private or exclusive, for cases in which only a certain legitimized person can initiate the legislative process on the theme, such as, for example, the creation of positions at the federal level, which can only be done by bill initiated for the President of the Republic, or law on the organization of the members of the Judiciary, with exclusive initiative of the Federal Supreme Court.

About the *popular initiative*, the constitutional requirements are: initiative through 1% of the national electorate, distributed in at least five states of the federation, with no less than three-tenths per cent of the voters in each of them (Article 61, § 2, of the Federal Constitution). In the bills of popular initiative, it is *forbidden* to make parliamentary amendments, as expressly provided in article 252, item VIII of the Internal Regulations of the Chamber of Deputies³:

Art. 252. The popular initiative may be exercised by presenting to the Chamber of Deputies a bill signed by at least one hundredth of the national electorate, distributed among at least five states, with not less than three thousandths of the voters of each of them, subject to the following conditions:

(...)

3 Available at <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>, accessed May 16, 2022.

VIII – each bill shall be limited to a single subject, and may otherwise be divided by the Constitution and Justice and Citizenship Commission into autonomous propositions, for separate processing;

The federal legislative branch is bicameral, so bills must pass through the two Houses that make up the National Congress: the initiating House and the revising House. The initiating House, par excellence, is the Chamber of Deputies, because it is the “House of the people”, and the revising House will be the Federal Senate (Article 64 of the Federal Constitution). The Federal Senate may be the initiating House when the bill is authored by a senator or a committee of the Federal Senate.

Once the bill has been drafted, it will go to the initiating House, where it will go through a *Thematic Committee*, responsible for issuing an opinion on the merits of the proposal, and then, in the *Constitution and Justice Commission*, which carries out the preventive constitutional control, and if it considers the bill unconstitutional, prepares a final opinion, and forwards the bill to the archive.

As the bill is constitutional, it goes to a vote in the Plenary of the House, admitting the delegation *interna corporis*, that is, the possibility of deliberation and approval of the bill by one of the thematic committees of the Legislative Houses, when authorized by the Internal Rules of the respective House, and there is no contrary appeal by at least one tenth of its members.

At this point in the deliberative phase, before the vote, it is possible *Amendments* to the Bill. In the initiating House (usually, at the Chamber of Deputies) one of its members (federal deputy) or some committee may propose to include or exclude some part of the text. It must be with *connected subject* to the bill in progress and cannot cause an increase in expenditure on the bills initiated by the President of the Republic, or by the Chamber of Deputies, the Federal Senate, the Federal Courts and the Public Prosecutor’s Office, under the terms of Article 63 of the Federal Constitution⁴.

Disregard to these limits established in the Political Charter creates a cheat of the private initiative of the authentic person entitled to trigger the bill, being called in the doctrine of “*legislative smuggling*”, which will be further explained in this essay.

After the deliberation of the bill in the Plenary of the initiating House – with or without parliamentary amendments – and its text approved, it will proceed to the reviewing House, where it will undergo the same deliberative procedure.

4 In this sense, Theme 68 judged in RE 745811-RG, Judging Body: Full Court, Rapporteur: Justice GILMAR MENDES, Judgment: 10/17/2013, Publication: 11/06/2013, Summary: Extraordinary Appeal. General repercussion of the recognized constitutional question. 2. Administrative Law. Public servant. 3. Extension, by means of a parliamentary amendment, of a bonus or advantage provided for by the bill of the Head of the Executive Branch. Unconstitutionality. Formal vice. Reservation of initiative of the Head of the Executive Branch to issue rules that change the remuneration pattern of public servants. Article 61, § 1, II, “a”, of the Federal Constitution. 4. Single Legal Regime for Civil Servants of the Direct Administration, Autarchies and Public Foundations of the State of Pará (Law 5.810/1994). Articles 132, item XI, and 246. Provisions resulting from a parliamentary amendment that extended bonuses, initially provided only for teachers, to all employees who work in the area of special education. Formal unconstitutionality. Articles 2 and 63, I, of the Federal Constitution. 5. Extraordinary appeal granted to declare the unconstitutionality of articles 132, XI, and 246 of Law 5,810/1994, of the State of Pará. Reaffirmation of jurisprudence. Topic 686 - Parliamentary amendment that implies an increase in expenditure on a project of private initiative of the head of the Executive Branch. Thesis I - There is a reservation of initiative by the Head of the Executive Branch to issue rules that change the remuneration pattern of public servants (article 61, § 1, II, a, of the Federal Constitution); II - Parliamentary amendments that imply an increase in expenditure in a bill of private initiative of the Head of the Executive Branch are formally unconstitutional (article 63, I, of the Federal Constitution). Note: Writing of the thesis approved under the terms of item 2 of the Minutes of the 12th Administrative Session of the STF, held on 12/09/2015.

It is also possible that the bill initiated in the Chamber of Deputies will receive *amendment* in the reviewing House (of a senator or committee of the Federal Senate) and, in the same way, the bill initiated in the Federal Senate may be amended by a federal deputy or committee of the Chamber of Deputies. To respect the bicameral system of the Federal Legislature, when the amendment is presented by the revising House, the bill must return to the initiating House for deliberation and voting regarding the amended part (Article 65, sole paragraph, of the Federal Constitution). However, in this case, a second amendment cannot be presented, in other words, it is not admitted “*sub-amendments*”.

Once the bill has been discussed and voted on in both Houses, the Executive Branch will deliberate through the sanction or veto of the President of the Republic. Remembering that the sanction may be express or tacit (after the silence of 15 working days), and the veto may be political, when considered contrary to the public interest; or legal, if unconstitutional (Article 66, § 1, of the Federal Constitution). The veto can be overturned in a joint session of the National Congress, with the vote of an absolute majority of federal deputies and senators (Article 66, § 4, of the Federal Constitution).

Once the deliberation of the bill is concluded, it proceeds to the third and final phase of the legislative process, the complementary one, for the promulgation and publication of the law, attributed by the President of the Republic. It should be noted that “*if the amendments are rejected, the bill goes to the President of the Republic for consideration, with the original text without the amendments. This means that, in the final analysis, the will of the initiating House prevails*” (Canotilho; Stretch; 2018, p. 1232).

Promulgation is the act by which the President of the Republic attests the existence of the law and confers on it enforceability. It occurs automatically when the law is enacted. If the veto is overturned, if the President of the Republic does not promulgate the law within 48 hours, the President of the Senate must promulgate it, or his deputy if he does not do so within the same period.

Publication is the act that makes the law obligatory, because from this moment on, there is a assumption of knowledge of its content by all individuals, who must comply with it, after the *vacatio legis*, when there is.

The procedure of provisional measure (provisional executive order) is peculiar, as it is a private normative type of the President of the Republic, with subsequent and immediate submission to the National Congress. The provisional measure must deal with a relevant and urgent issue (Article 62, *Caput*, of the FC), and must be approved by the Legislative Branch within the constitutional period (Article 62, § 3, of the FC). Therefore, “*It has a provisional and resolvable character*” (Mendes; Branco, 2011, p. 912).

In its procedure of conversion into law (or rejection), preliminarily, the assumptions of urgency and relevance in the National Congress are assessed. As with bills, they are submitted to the joint committee of deputies and senators, under the terms of article 62, paragraph 9, of the Federal Constitution, and after that, their voting procedure is initiated in the Chamber of Deputies (paragraph 8, of the same constitutional provision).

It is possible that before the vote, they also presented *parliamentary amendments* to the provisional measure issued by the President of the Republic, and in the same way, they will be submitted to the thematic committees. Amendments to a conversion bill must be restricted to the topic (urgent and relevant). That is, the amendments must observe the Resolution n.

1/2002 of the National Congress, especially regarding the *Thematic Pertinence*, according to Article 4, § 4: “It is forbidden to present amendments that deal with matters other than those dealt with in the Provisional Measure, and the President of the Commission is responsible for their preliminary rejection”.

The purpose of the rule is to prevent topics separate from those contained in the provisional measure from being included, and not submitted to adequate parliamentary debate and subsequent deliberation in the Legislative Houses (the representatives of the people). Therefore, if the amendment contains a provision unrelated to the provisional measure, it must be rejected by the committee itself. On this subject, the lesson of Mendes and Branco (2011, p. 921):

The provisional measure can be amended in Congress, and the prohibition in this sense that existed in the decree-law regime, in the previous constitutional order, will no longer last. The approved amendments must, however, hbe *thematically pertinent* to the object of the provisional measure, under penalty of rejection. If there is an amendment in the Senate, the bill must return to the House for confirmation or rejection of the changes made in the House of Review.

From what has been said so far about the legislative process, it can be concluded that in the procedure of ordinary or complementary laws, and in the procedure of conversion of provisional measures into law, it is possible to present *parliamentary amendments*, however, in both cases, it is essential that the amendments presented have *thematic pertinence*⁵ with the bill or provisional measure pending in the National Congress, and do not bring an increase in expenses provided for in the original text.

3. PARLIAMENTARY AMENDMENTS AND “LEGISLATIVE SMUGGLING”

The Constitution brought general rules for the legislative process, which are specified by the rules of each of the houses of the National Congress. In fact, the beginning of the vote on the ordinary or complementary bill takes place, as a rule, in the Chamber of Deputies (initiating House), where parliamentarians can present amendments *suppressive*: which orders the eradication of any part of another proposition; *agglutinatives*: which results from the fusion of other amendments, or of these with the text, by a transaction tending to the approximation of the respective objects; *substitutes*: presented as a substitute for part of another proposition, being called “substitutive” when it alters it, substantially or formally, as a whole; an amendment aimed exclusively at improving the legislative technique is considered to be formal; *modifications*: which alters the proposition without substantially modifying it; or *additive*: which is added to another proposition. There are also the “sub-amendments”, which are the amendments presented in the Committee to another amendment and which can be, in turn, suppressive, substitutive or additive, if it does not apply, the suppressive, on an amendment with the

5 Pursuant to the consolidated jurisprudence of the Federal Supreme Court: ADI 5442 MC, Judging Body: Full Court, Rapporteur: Justice MARCO AURÉLIO, Judgment: 03/17/2016, Publication: 04/04/2016, Summary: OBJECTIVE PROCESS – CONTROL OF CONSTITUTIONALITY – INJUNCTION – CONCESSION. If the relevance and risk of maintaining the precepts attacked with full effectiveness arises, it is necessary to grant the precautionary measure, suspending them. BILL – EXCLUSIVE INITIATIVE – PARLIAMENTARY AMENDMENT – DISTORTION. The lack of thematic relevance of the amendment of the legislative house to a bill of exclusive initiative leads to the conclusion that it is *formally unconstitutional*.

same purpose, and the drafting amendments, the modification that aims to remedy a defect in language, incorrect legislative technique or manifest lapse.

Thus, the legitimized party who took the initiative of the bill can only propose an additive amendment, since, after the bill begins its processing in the National Congress, he can no longer dispose of it. Strictly speaking, the legitimacy to present amendments belongs to parliamentarians, who are genuinely responsible for creating the laws. In this sense, the scholia of Ferreira Filho (1997, p. 188):

First of all, it should be noted that not every initiative holder has the power to amend. With few exceptions, the power to amend is reserved to *parliamentarians*, while the initiative has been and is extended to the Executive or even to the courts. This reservation derives from the fact that parliamentarians are members of the power that, according to traditional doctrine, constitutes the new law, and the amendment is presented as a reflection of this power to establish new law.

It is possible, then, to make a *parliamentary amendment* in a bill initiated by the President of the Republic, provided that its content is related to the subject matter of the original bill, i.e., demonstrates the *thematic pertinence*.

It is not without reason that, for the creation of a new normative act, binding in the legal system and valid for all, the Constitution of the Republic provides a *procedure*, which seeks the genuine exercise of democracy, allowing all representatives of the people with seats in the National Congress to debate and vote on the proposed new law. In addition, the scope of the procedure is to bring pre-established basic rules, of mandatory observance, for any legitimate party to initiate the legislative process. Among them, also the content of the rule, the link with the subject to be regulated in that bill, present in all its provisions. That is why Article 59, sole paragraph, of the Federal Constitution provides: "*Complementary law shall provide for the drafting, drafting, amendment and consolidation of laws*", and then, Complementary Law n. 95 was drafted, which "*provides for the elaboration, drafting, amendment and consolidation of laws, as determined by the sole paragraph of article 59 of the Federal Constitution, and establishes norms for the consolidation of the normative acts mentioned*", with the provision in its article 7, item II, of the following:

Article 7. The first article of the text shall indicate the object of the law and its scope of application, subject to the following principles:

(...)

II – the law shall not contain matter foreign to its object or not linked to it by affinity, pertinence or connection;

If a bill must follow a logical coherence, sticking to the object to be dealt with by the whole legal diploma, with much more reason the parliamentary amendment must be related to the theme, since it adheres to the initial project, modifying the already existing content.

Thus, if a parliamentary amendment is made in dissonance with the content of a bill initiated by the President of the Republic (as in the case, also, of the conversions of provisional measures), inserting a subject detached from its original text, the "*legislative smuggling*" will be present. This is a circumvention of the private (or exclusive) initiative of the President of the Republic or of the due legislative process.

Likewise, the Internal Regulations of the Chamber of Deputies provide in an identical manner on the subject⁶:

Art. 124. Amendments that imply an increase in the planned expenditure will not be accepted:

I - in projects of exclusive initiative of the President of the Republic, except for the provisions of article 166, §§ 3 and 4, of the Federal Constitution;

II - in the projects on the organization of the administrative services of the Chamber of Deputies, the Federal Senate, the Federal Courts and the Public Prosecutor’s Office.

Art. 125. The President of the Chamber or of the Committee has the power to refuse an amendment formulated in an inconvenient manner, or that deals with a matter extraneous to the project under discussion or contrary to the regimental prescription. In the event of a complaint or appeal, it will be

consulted the respective Plenary, without discussion or forwarding of a vote, which will be done by the symbolic process.

On the other hand, the Rules of Procedure of the Federal Senate, drafted under the Federal Constitution of 1967, partially regulates the matter, stating that there can be no amendment that contradicts the provisions of article 63⁷ of the text, bringing a delimitation of a budgetary order.

In this case, the converse is not true, because if the extra-parliamentary body does not have the legitimacy to propose a bill, it could not amend it. However, it is usual for “*additive messages*” to be sent to the legislative houses, adding provisions (never to be deleted or amended), which also characterizes an anomaly in the legislative process. Equally, during the processing of a provisional measure in the National Congress, parliamentarians may present amendments, if the thematic pertinence of the original text is maintained.

Thus, the “*legislative smuggling*” occurs with the inclusion in the bill of norms foreign to the matter of the original text, being certain that in practice, the objective is not to draw the attention of the parliamentarians, or the population in general, of the norm that is intended to be approved surreptitiously. There is a clear manipulation of the legislative process, especially when a bill with popularity is combined, and an amendment with an unpopular theme.

It should be noted that the possibility of presenting a parliamentary amendment is legitimate and stems from the legislative function itself, as recognized by the Federal Supreme Court in the paradigm case on this matter, ADI 5127/DF, rapporteur by Minister Rosa Weber, and Writer of the judgment Minister Edson Fachin, Full Court, judgment on 10/15/2015, DJe 05/11/2016:

The process by which the provisional measure is converted into law promotes the transformation of a legislative act of the Government into an act of Parliament, and the prerogative of presenting, in the course of the legislative process, amendments to the texts of the normative species in progress in the National Congress is *inherent to the exercise of parliamentary activity*. This is a necessary consequence of the effective participation of the members of the Legisla-

6 Available at <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>, accessed May 16, 2022.

7 Article 63. Public expenditure shall comply with the annual budget law, which shall not contain any provision extraneous to the fixing of expenditure and the forecasting of revenue. The prohibition does not include: I - the authorization to open supplementary credits and credit operations in anticipation of revenue; II - the application of the balance and the way to cover the deficit, if any. Sole Paragraph - Capital expenditures shall also be subject to multi-annual investment budgets, as provided for in the provisions set forth in. complementary law. Available at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm, accessed May 16, 2022.

tive Houses in the process of drafting, drafting, amending and consolidating laws, a corollary of the debate itself on the issues involved in the processing of matters.

The question raised, from the “*legislative smuggling*”, occurs with the exercise of this parliamentary right in a distorted manner, with disingenuous or populist purposes, inserting completely unconnected themes. In the words of former Minister Celso de Mello of the Federal Supreme Court, without “*logical affinity*” with the bill or provisional measure submitted for conversion.

To corroborate, the vast jurisprudence of the Praetorium Court that supported the paradigm case: ADI 1333/RS, Rapporteur Minister Cármen Lúcia, Full Court, judgment on 10.29.2014, DJe 11.18.2014; ADI 2583/RS, Rapporteur Minister Cármen Lúcia, Full Court, judged on 01.8.2011, DJe 26.08.2011; ADI 2305/ES, Rapporteur Minister Cezar Peluso, Full Court, judged on 06.30.2011, DJe 08.05.2011; ADI 3288/MG, Rapporteur Justice Ayres Britto, Full Court, judgment on 10.03.2010, DJe 02.24.2011; RE 134278, Rapporteur Justice Sepúlveda Pertence, Full Court, judged on 27.05.2004, DJ 12.11.2004; ADI 2350/GO, Rapporteur Minister Maurício Corrêa, Full Court, judgment on 3.25.2004, DJ 04.30.2004, ADI 546/DF, Rapporteur Minister Moreira Alves, Full Court, judgment on 3.11.1999, DJ 04.14.2000; ADI 1050/SC, Rapporteur Minister Celso de Mello, Full Court, judgment on 9.21.1994, DJ 04.23.2004; ADI 2681/RJ, Rapporteur Minister Celso de Mello, judgment on 9.11.2002, DJe 10.24.2013.

A “*legislative tail*” (an expression also used to designate the *legislative smuggling*) destabilizes the Federal Constitution, violates the democratic principle and the due legislative process, creating tensions between the powers of the Republic.

In ADI 5127/DF referred to above, the reporting Minister Rosa Weber was emphatic in stating that the *legislative smuggling* It is not a formal error in the procedure for creating laws, in which the parliamentarian takes advantage of the short deadline for converting the provisional measure into law, justified by urgency and relevance. It’s about practice *undemocratic*, to go beyond the thematic commissions and possible public hearings, tainting the entire mechanism for creating laws that must be based on the supremacy of the public interest and the adequate representation of the people. Here is the excerpt from the vote:

What has been called legislative smuggling, characterized by the introduction of foreign matter to the provisional measure submitted to conversion, does not, in my opinion, denote a mere non-observance of formality, but a markedly *anti-democratic* procedure, insofar as, intentionally or not, it removes from the public debate and the deliberative environment proper to the ordinary rite of legislative work the discussion on the norms that will regulate life in society.

Consequently, the integrity of the legislative process derives from the participation of the people’s representatives in its conversion into law, which, in a way, creates a gap in the legislative process in the procedures of the provisional measure.

As a note, the plenary decision of ADI 5127/DF suffered modulation of temporal effects, considering the common practice of parliamentary amendments in procedures for the conversion of a provisional measure into law, without due observance of thematic pertinence and the numerous laws in force with the stain of the *legislative smuggling*. Thus, based on legal certainty (article 27 of Law 9.868/99), the majority of the Supreme Court justices decided to apply *ex nunc* of the decision declaring this practice unconstitutional.

4. EFFECTS OF “LEGISLATIVE SMUGGLING” AND THREAT TO THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

As explored elsewhere, due process of law is a guarantee of the rule of law and must be complied with in all its vicissitudes. Observing the infra-constitutional laws that regulate article 59 of the Federal Constitution is nothing more than respecting the constitutional text, since “*the principle of legality is also a basic principle of the Democratic Rule of Law*” (Silva, 2007).

The *legislative smuggling* is not new in our political-legal system. Since the National Constituent Assembly (1987-1988), numerous amendments have been made by the constituent parliamentarians and the population, and it is certain that the final text even contains articles that were not voted on, inserted in the Federal Constitution contrary to constitutional norms⁸.

In fact, it is not a new practice, nor is it exceptional. Perform the *legislative smuggling* before the National Congress has become commonplace in our country, especially after Constitutional Amendment No. 32 of 2001, which changed the regime of provisional measures. To illustrate, in 2014 and 2015, 18 provisional measures were analyzed, in which 171 parliamentary amendments were presented, and 63 were not thematically relevant, that is, 48% of the total (Laan, 2018).

The analysis of provisional measures and the respective procedure has always been a thorny subject in Brazil, as it is a remnant of the dictatorship regime with authorization for the head of the Executive Branch to issue a normative species with the force of law, alone in his office. In the words of Clève (2021, p. 21):

The subject holds, especially in the Brazilian case, some difficulties. The twenty years of the regime of exception, the abundant extraordinary legislation produced by that regime, the repeated issuance of decree-laws in the context of the validity of the last two Constitutions, and, even now, the excessive number of provisional measures already issued, all this, in a context in which, with immense difficulty, the National Congress only performs the function of control radically diminished during the authoritarian regime, it ends up justifying an understandable distrust on the part of jurists regarding the entrustment of the Executive’s extraordinary function of legislating.

The discomfort in accepting provisional measures as a legitimate norm of the legal system is not only limited to the legitimacy of the President of the Republic, but also to its conversion procedure into law, which cannot give rise to parliamentary amendments unrelated to the proposed text.

8 It is worth checking out the article by Lilian Venturini, in the Nexo Newspaper, published on September 21, 2018 (updated 02/12/2020 at 17:35), highlighting the 20 months of discussion by 559 parliamentarians in the National Constituent Assembly, 122 popular amendments to the text, and the amendments inserted in the constitutional text without authorship or deliberation and voting. The following excerpt reads: “The long process of discussing and drafting the Constitution revealed its flaws years later. In 2003, the then Supreme Court Justice, Nelson Jobim, told the newspaper O Globo that two of the articles of the Charter were included without being voted on in plenary. Jobim was one of the constituent deputies of the PMDB. According to him, the inclusion of those excerpts occurred after a deliberation only among party leaders who were part of the Drafting Commission, responsible for the final adjustments of the text. One of the articles was essential, since it established the principle of independence between the Executive, Legislative and Judiciary. The other article remains under seal, part of the “pact of silence” that Jobim said he had made with Ulysses. The revelation provoked reactions among parliamentarians and representatives of the legal community, who called for Jobim’s impeachment from the Supreme Court, which did not occur” – available at <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/09/21/Constitui%C3%A7%C3%A3o-cidad%C3%A3-30-anos-direitos-amarras-e-desafios>, accessed May 17, 2022.

It should be noted that the *legislative smuggling* cause weakens to the rule of law, because it allows the creation of new laws in violation of legal certainty, the fundamental right of legality, and due legislative process for a given norm to enter the legal system.

Even today, it can be seen that there has been no cessation of the practice, both in the National Congress and in the Legislative Assemblies, even after the decision in ADI 5127/DF, a paradigm case with binding effects, as observed in other recent direct actions of unconstitutionality facing this same issue⁹.

This practice stimulates the crisis between the powers, and ultimately, the weakening of democracy itself, because parliamentarians who seek anonymity regarding bills that are out of harmony with the thinking of their constituents, or anti-popular in general, take advantage of provisional measures to include a certain provision, usually unpopular, and impute authorship to the Presidency of the Republic. On the other hand, the Presidency of the Republic or the parliamentarians of opposition political parties began to judicialize before the Federal Supreme Court, forcing an activist stance, bringing the Supreme Court closer and closer to politics while distancing it from the legal aspect.

This scenario is not desirable, mainly due to the political crisis that the country has been dragging, and the solution is as simple as possible: strict observance of the due legislative process provided for in the Federal Constitution, and the respective procedures in infra-constitutional laws. That's because:

In the case of the legislative process, however, the act of affirmation of power, the law, is the result of the indirect participation of citizens, through people elected for this specific purpose. Thus, the judge must be accountable to the litigants, while the legislature must be accountable to the citizens, in accordance with the mechanisms of participation established by the legal system, in order to ensure that the procedure takes place in a suitable environment, to express the rights in line with the values enshrined in the Constitution. It is understood, therefore, that the power to legislate, like the power to apply the law, whether through a judicial or administrative function, is not absolute, but must be guided by values established in the Constitution.

(Coimbra, 2006, p. 135) The effects of *legislative smuggling* are dangerous for democracy, and respecting the Federal Constitution to overcome political-institutional conflicts becomes increasingly necessary.

9 By way of illustration, see ADI 6072, Judging Body: Full Court, Rapporteur: Justice ROBERTO BARROSO, Judgment: 08/30/2019, Publication: 09/16/2019, Summary: DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY. ARTS. 2ND, 3RD AND 4TH OF LAW NO. 15,188/2018 OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL. AMENDMENT OF LAW NO. 13,930/2012 OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL. STAFF OF THE RIO GRANDE DO ARROZ INSTITUTE. RULES ON PROMOTIONS AND BONUSES FOR PUBLIC SERVANTS OF THE EXECUTIVE INCREASED BY PARLIAMENTARY AMENDMENT. INITIATIVE RESERVED FOR THE HEAD OF THE LOCAL EXECUTIVE BRANCH. INCREASED SPENDING. CONSTITUTIONAL LIMITS TO PARLIAMENTARY AMENDMENTS TO RESERVED INITIATIVE BILLS. OFFENSE TO ARTICLE 63, I, OF THE FEDERAL CONSTITUTION AND TO THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS (ARTICLE 2, CF). PEACEFUL AND DOMINANT JURISPRUDENCE. PREVIOUS. 1. The jurisprudence of the Federal Supreme Court is undisputed and dominant in the sense that the constitutional provision of reserved legislative initiative does not prevent the bill referred to the Legislative Branch from being subject to parliamentary amendments. In this sense: ADI 1.050-MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 865-MC, Rel. Min. Celso de Mello. 2. However, this Federal Supreme Court has a peaceful and dominant jurisprudence in the sense that the possibility of parliamentary amendments to bills of initiative reserved to the Head of the Executive Branch, the Courts, the Public Prosecutor's Office, among others, encounters two constitutional limitations, namely: (i) they do not result in an increase in expenses and; (ii) maintain thematic relevance to the object of the bill. 3. The parliamentary amendment that is the object of the present action resulted in an undeniable increase in expenses provided for in the original bill submitted by the Governor of the State of Rio Grande do Sul, thus violating article 63, I, of the Federal Constitution, since it instituted and extended bonuses, as well as reduced the time originally provided for by law between promotions, making them more frequent. 4. Direct action of unconstitutionality, the request for which is upheld. Judgment(s) cited: (LAW INITIATIVE, PARLIAMENTARY AMENDMENT, BILL) ADI 1050 MC (TP), ADI 865 MC (TP). (PARLIAMENTARY AMENDMENT, CONSTITUTIONAL LIMIT, INCREASE IN EXPENDITURE, THEMATIC RELEVANCE) ADI 1333 (TP), ADI 2569 (TP), ADI 1050 MC (TP). (PARLIAMENTARY AMENDMENT, PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS).

5. CONCLUSION

The purpose of this work is to demonstrate the distortion of the functions of the Powers of the Republic before the legislative process, since provisional measures issued by the President of the Republic reach the National Congress with articles containing matters foreign to the subject matter, congressmen present parliamentary amendments without thematic pertinence, and these issues, of an eminently political nature, are taken to the Judiciary that needs to interfere to safeguard the noblest rule of law.

The possibility of parliamentarians presenting amendments to bills (ordinary or complementary) or in the process of converting a provisional measure into law, as mentioned, is inherent to the very function they exercise in the Legislative House. However, it is well known that no right is absolute, and for the parliamentarian to exercise his constitutional prerogative to amend a bill or provisional measure, he must stick to what the legal system establishes. In this case, in particular, the thematic pertinence between the proposed amendment and the text to be amended.

Due legislative process is a constitutional rule and the subjective right of congressmen. The structure created to innovate the legal order must not be distorted by virtue of personal or political interests. The parliamentarians wait for the entry of a provisional measure in the National Congress for conversion into law, and present a parliamentary amendment to the text, whatever the theme, just to “hitchhike” on this legislative procedure, without concern for the theme to be regulated or observance of the debates before the legislative House.

These political postures, dissociated from the public interest, have brought excrescences to the legal system, causing the parliamentarians themselves (as a rule, through their political parties) to turn to the Supreme Court to guarantee the due legislative process. Until, in 2015, with the judgment of ADI 5127/DF which, in a separate summary, evaluated whether a tax law could regulate issues related to a profession (accountant), the decision of the Constitutional Court was stabilized, in the sense that parliamentary amendments would no longer be admitted without due *thematic relevance*.

The Supreme Court was right to declare the limits to the positions of parliamentarians, which went beyond the basic principles of legality and the legislative process, ignored proportionality and reasonableness in the inclusion of completely disparate amendments to bills, and consequently weakened democracy and the rule of law.

However, it cannot be ignored that many other problems related to the legislative process are still awaiting repairs from the Supreme Court. Parliamentary amendments have already been identified that did not even return to the initiating house for debate and voting, going “unnoticed” by the peers of the parliamentarian who presented it.

The solution is not to wait for the Supreme Court’s pronouncement, but rather to remember that, if the rules pre-established by the Original Constituent Power for the due legislative process are complied with, as well as the infra-constitutional laws on the subject, legal certainty and the rule of law would be safeguarded.

REFERENCES

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). *Constitutional Law, Rule of Law and Democracy*. Tribute to Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Provisional measure: edition and conversion into law – theory and practice*. 2nd ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Political Reform: An Unfinished Myth. In: LEMBRO, Cláudio (coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *Legal Culturalism*. Barueri, SP: Manole, 2017. p. 5.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Legislative process, legislative technique and legislation. *Legal Journal of the Attorney General's Office of the Municipality of São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracy vs. Constitutionalism: A Ship Adrift? Democracy vs. Constitutionalism: A Ship Adrift? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, v. 1, p-5-23, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comments on the Constitution of Brazil*. 2nd ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Legislative activity of the Executive Branch*. 4th edition. São Paulo: Editora RT, 2021.
- COIMBRA, Joel Geraldo. *The adversarial process in the legislative process*. Dissertation (Master's Degree in Law) - Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Legistics and the “philosophy” of the law. *Legal Journal of the Attorney General's Office of the Municipality of São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Course in constitutional law*, 24 th rev. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *The legislative process*. 6th ed., rev. and current. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan or the matter, form, and power of an ecclesiastical and civil state*. Translation: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LAAN, C. R. v.d. A recent overview of the presentation of amendments without thematic relevance to provisional measures post-ADI 5.127. Brasília: Center for Studies and Research/CONLEG/Senado, February/2018 (Text for discussion nº 244). Available in: www.senado.leg.br/estudos. Accessed: 15 Feb. 2018.
- LOCKE, John. *Second Treatise on Government*. São Paulo: Editora Ibrasa, 1963.
- LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coord.). *Contemporary constitutional law*. Tribute to Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Course in Constitutional Law*. 6th ed. rev. and current. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *From the spirit of the laws*. Translation: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Constitutional law*. 34th edition. São Paulo: Atlas, 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Commented Federal Constitution and constitutional legislation*. 3rd ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. Acquired Law, Constitutional Amendment, Democracy and Social Justice. *Electronic Journal on State Reform (RERE)*, Salvador, Brazilian Institute of Public Law, n. 12, Dec./Jan./Feb. 2008. Available on the internet <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=248> – accessed on October 7, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Law Formation Process*. 2nd ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 50-52.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022

- Avaliação 1: 16/01/2023
- Avaliação 2: 18/04/2023
- Decisão editorial preliminar: 22/12/2023
- Retorno rodada de correções: 11/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 25/05/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O DIREITO À IMAGEM DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL E SEUS REFLEXOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE RIGHT TO THE IMAGE OF THE PROFESSIONAL SOCCER ATHLETE AND ITS REFLECTIONS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS

JEFFERSON ALEX PONTES PEREIRA¹

CLEBER SANFELICI OTERO²

RESUMO

Neste artigo, há um estudo do direito à imagem previsto na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e em outras leis relevantes, com enfoque especial quanto à proteção da imagem do atleta profissional de futebol. Pretende-se, com o presente artigo, demonstrar como alguns clubes de futebol desvirtuam o instituto do direito à imagem, celebrando com o atleta profissional contrato de licença de uso de imagem, como forma de cometer fraude. Na prática, as parcelas mensais que devem ser adimplidas pelo clube ao atleta profissional a título de salário são muito inferiores em relação ao valor pago a título de direito de imagem, com pouca ou quase nenhuma publicidade realizada pelo clube quanto à imagem do atleta. A Justiça do Trabalho tem declarado nulos, em muitos casos, os contratos de imagem, com reflexos no âmbito dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Utiliza-se o método de pesquisa dedutivo e adota-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com a consulta à literatura jurídica nacional especializada na temática para devida fundamentação teórica.

Palavras-chave: atleta profissional de futebol; direito constitucional; direito de imagem; contrato de trabalho; direitos da personalidade.

- 1 Mestrando no Programa de Pós-graduação *stricto* em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar, Maringá/PR (UNICESUMAR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande/MS (UFMS). Graduado em Teologia pelo Seminário Teológico Batista Renovada. Advogado.
- 2 Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (ITE). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo/SP (USP). Professor no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciências Jurídicas e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar, Maringá/PR (UNICESUMAR). Professor no Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR (UEL). Juiz Federal na 4ª Região.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PEREIRA, Jefferson Alex Pontes Pereira; OTERO, Cleber Sanfelici. O direito à imagem do atleta profissional de futebol e seus reflexos à luz dos direitos da personalidade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 228-249, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.8692>.

ABSTRACT

In this article, a study is presented on the right to image as established in the 1988 Federal Constitution, the 2002 Civil Code, and the other relevant laws, with a particular focus on the safeguarding of professional soccer players' image rights. This article aims to demonstrate how some soccer clubs distort the right to image by signing image license agreements with professional athletes as a means of committing fraud. In practice, the monthly payments made by the club to the athlete as a salary are significantly lower than the amounts paid as image rights, despite minimal or almost no actual publicity involving the athlete's image being conducted by the club. The Labor Court has, in many cases, declared such image contracts null, with consequences for personality rights and human dignity. The research employs the deductive method and adopts a bibliographic research technique, consulting specialized national legal literature on the subject for its theoretical foundation.

Keywords: professional soccer player; constitutional law; right of image; employment contract; personality rights.

1. INTRODUÇÃO

Na vida em sociedade, vários direitos são reconhecidos à pessoa humana na proteção e na defesa de valores ínsitos a sua própria essencialidade.

A sociedade atual não é pioneira no estudo do direito à imagem, porquanto já existia preocupação a respeito nas civilizações antigas. Neste sentido, a própria Bíblia Sagrada ressalta a importância da imagem, ao apresentar que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Dias, 2000, p. 67-68). Na Antiguidade, em Roma, o *ius imaginis* consistia no direito de o sujeito manter retratos ou bustos de seus antepassados na entrada de suas casas, palácios ou templos, inicialmente algo conferido exclusivamente aos nobres, mas estendido posteriormente a outros (Dias, 2000, p. 68).

No século XIX, a proteção da pessoa humana tornou-se cada vez mais necessária, primeiramente com a salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas em face dos governantes e, mais recentemente, a partir da segunda metade do século XX, também nas relações formadas entre os particulares por intermédio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. A propósito, no Direito brasileiro, o direito à imagem é um direito fundamental constitucionalmente reconhecido e igualmente um direito da personalidade assegurado na legislação voltada a regular as relações privadas.

A imagem pode estar relacionada aos esportes. O desporto movimenta um grande fluxo de pessoas com os espetáculos esportivos, sendo grande o interesse de empresas de divulgação de seus produtos por meio do futebol. Nesse contexto, empresas têm investido em publicidade nos estádios, patrocinando clubes, anúncios em mídias, camisetas e placas, pois sabem que a sua marca pode ser associada à imagem de um atleta e gerar grande lucro. Surge, assim, a necessidade de os atletas celebrarem contratos para licenciar o uso da imagem, que possui proteção constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe previsão de proteção à prática desportiva formal e não formal. Nesse contexto, o desporto de rendimento de modo profissional caracteriza-se pela existência de remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e o clube. Por sua vez, o vínculo desportivo passou efetivamente a ter natureza acessória ao vínculo empregatício, de maneira que, terminado este, aquele não mais

subsiste. Consequentemente, em razão disso, conforme será exposto, o instituto do passe conheceu o seu fim no Brasil com a Lei nº 9.615/1998.

Diante da realidade da imensa maioria dos clubes brasileiros, a classe de ativos financeiros do clube se destaca como sendo referente à transferência dos jogadores, especialmente negociados antes do término do contrato de trabalho desportivo.

Como, além do contrato de trabalho desportivo, os clubes celebram com os atletas contratos para licenciar o uso da imagem, o presente artigo, com revisão da literatura jurídica e o emprego do método dedutivo, após apresentar o conceito de imagem e de direito de imagem, analisará o direito à imagem previsto na Constituição Federal de 1988, ressaltando que antes possuía previsão apenas no Código Civil de 1916. O direito à imagem, como será demonstrado, é a proteção dada ao seu titular e os sistemas contemporâneos de Direito consideram o direito à imagem como gênero, que se subdivide em duas espécies: imagem retrato e imagem-atributo. Na sequência, o trabalho apresentará a definição do direito de arena, previsto na Lei Pelé (Lei nº 9.615/98) e na Constituição Federal, bem como breve diferenciação diante do direito de imagem. Ao final, procurará demonstrar que o contrato de licença de uso de imagem celebrado entre o clube e o atleta, na maioria das vezes, vem sendo utilizado de forma a desvirtuar a realidade do contrato, como forma de reduzir encargos trabalhistas, o que pode ser considerado fraude, sendo passível a rescisão do contrato de forma indireta, além da eventual indenização que poderá ser buscada em face do clube, gerando reflexos nos direitos da personalidade.

2. DO DESPORTO FORMAL

As práticas desportivas, desde as mais antigas civilizações, foram acompanhadas pela evolução de outros aspectos da vida humana, como também pelo Direito. O homem encontrou no esporte uma maneira de se refugiar dos incômodos rotineiros, procurando o isolamento e lugares reservados para praticá-lo, criando suas próprias regras.

Aos poucos, surgiu a necessidade de o Estado regular a prática desportiva, vindo, no Brasil, a tratar do tema na Constituição Federal de 1988, principalmente para impedir a ofensa à dignidade da pessoa humana e à ordem social.

Carlos Miguel Castex Aidar ressalta que Valed Perry explica que “o direito desportivo é o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que tenha por fim disciplinar os comportamentos exigíveis na prática dos esportes em suas diversas modalidades” (Perry *apud* Aidar, 2000, p. 24).

No Direito brasileiro, o Direito Desportivo encontra fundamento primeiro no art. 217 da Constituição Federal de 1988:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º. O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social (Brasil, 1988).

O Estado é obrigado a fomentar as atividades desportivas, sejam elas formais e não formais, nos termos da Lei nº 9.615/98:

Art. 1º. O desporto brasileiro abrange práticas formais e não-formais e obedece às normas gerais desta Lei, inspirado nos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

§ 1º. A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto.

§ 2º. A prática desportiva não-formal é caracterizada pela liberdade lúdica de seus praticantes (Brasil, 1998).

Interessam a este trabalho a prática desportiva formal e o desporto de rendimento de modo profissional, que se caracteriza pela existência de remuneração negociada em contrato formal de trabalho entre o atleta e o clube, ao passo que, diversamente, o não profissional é consubstanciado pela liberdade de prática e inexistência de contrato de trabalho. Entretanto, é oportuno afirmar, pelo menos de forma rápida, que a prática desportiva não formal é caracterizada pela liberdade lúdica de seus participantes, que é relativa ao jogo e à brincadeira desportiva, que tem como finalidade precípua divertir ou distrair.

Nas palavras de Domingos Sávio Zainaghi (2003, p. 32), há pessoas que calçam tênis, chuteiras, calções, vestem abrigo, camiseta e, por incrível que possa parecer, estão trabalhando. Trata-se do desporto profissional, que, na lição de Heraldo Luís Panhoca, diferencia-se do desporto não profissional pela prática de uma modalidade mediante a existência de um contrato de trabalho, sempre por prazo determinado e da consequente remuneração (salário). Logo, profissional é o atleta e não a modalidade escolhida (Panhoca, 2003, p. 43).

O futebol profissional, por ser uma das modalidades de desporto profissional, possui um viés econômico em razão da existência de remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e o clube. No presente estudo, doravante, passa-se a concentrar nesse aspecto, em especial em relação ao passe e à legislação que pôs fim a essa forma de contratar jogadores de futebol por ocasião da transferência entre as agremiações desportivas.

3. DA LEI Nº 9.615/98: O FIM DO PASSE

O art. 11 da Lei nº 6.354/76 trouxe o conceito de “passe”, ao dispor que “Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a

vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes”. O principal argumento contra o passe era o de que o atleta, depois de cumprir fielmente um contrato por prazo determinado, quase nunca poderia exigir o atestado liberatório após a sua extinção normal, o que traduzia uma espécie de escravidão, uma violação à liberdade de trabalhar e contratar. Era, portanto, um termo utilizado para designar o vínculo desportivo existente entre o clube e o atleta.

A maior crítica apontada ao instituto do “passe” se dava em razão da “condição de *res*” a que os jogadores estavam submetidos³ (Levy, 2010). Para muitos atletas, era uma espécie de retorno à Idade Média no que se refere aos direitos, deveres e às obrigações entre senhor e vassalos (Cavazzola Júnior, 2014, p. 32).

O vínculo desportivo decorria da inscrição do atleta por seu clube em determinada federação local ou confederação nacional ao qual estava filiado, a fim de que o jogador se tornasse apto a disputar competições organizadas pelas entidades federativas.

É importante ressaltar que o vínculo de trabalho não se confundia com o vínculo desportivo, já que este ocorria por meio da figura do “passe” e, ainda que houvesse encerrado o vínculo de trabalho, o atleta era uma “propriedade” do clube, de modo que somente ocorria a sua liberação por intermédio do atestado liberatório após o pagamento de uma indenização pelo clube interessado na transferência do atleta. A figura do “passe” consubstanciava um verdadeiro ativo dos clubes ao lhes garantir subsistência com a contratação de jogadores e venda como se fossem mercadorias.

A existência do instituto do passe começou a ser combatida por jogadores e pela imprensa de modo geral, já que equiparava o atleta profissional a uma coisa ou mercadoria, cerceando o seu direito de liberdade de trabalho.

O ex-jogador Sócrates, em audiência pública realizada no dia 21.02.2001, que tinha por intuito a discussão acerca do fim do passe, afirmou que as pessoas que militavam no futebol se acostumaram a vender artistas, pois não sabiam vender o espetáculo. Em suas palavras, com o fim do passe acabaria o “Estelionato Futebol Clube”. O jogador acreditava que os clubes deveriam ser indenizados em alguns casos, mas os valores de indenização deveriam ser pré-estabelecidos, para evitar a corrupção (ConJur, 2001).

Para os clubes, o fim do passe geraria drásticas consequências ao futebol brasileiro, já que não compensaria mais investir nas categorias de base para a formação de atletas, uma vez que não teriam o retorno de seu investimento.

O paradigma do instituto do “passe” viria a ser extinto com a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), influenciada pelo caso Bosman, ocorrido na Europa em 1990, um divisor de águas no mundo do desporto profissional. O belga Jean Marc Bosman jogava no Royal Club Liegeois S.A (RC), equipe participante da 2ª divisão da Bélgica, porém, insatisfeito com a proposta para renovar o contrato laboral desportivo, em abril de 1990, requereu à direção do clube a sua saída, sendo o seu nome descrito na lista de transferências, perfazendo a cláusula de indenização obrigatória, de modo que foi impedido de se transferir para o Dunquerque da França, porquanto foi proposto um valor menor, que não foi aceito pelo clube belga.

3 A esse respeito, eis a apresentação de Salomon Levy: “Embora constituísse uma grande fonte de receitas para os clubes, a crítica ao ‘passe’, em tolher a ‘liberdade de trabalho’ e tratar a sua força laboral como mercadoria, ecoavam como uma espécie de ‘escravidão’ do atleta de futebol” (Levy, 2010).

O atleta ajuizou ação contra o clube e federação belga, percorrendo a demanda todas as instâncias do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual deu ganho de causa ao atleta, com a autorização de sua transferência sem qualquer indenização. Bosman passou a ser um trabalhador livre e, como tal, poderia contratar com qualquer entidade empregadora, dentro dos limites da União Europeia.

O caso Bosman inspirou o legislador brasileiro a promulgar a Lei nº 9.615/98, cujo texto original do art. 28, § 2º, assim estabeleceu:

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

[...].

§ 2º. O vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais, com o término da vigência do contrato de trabalho (Brasil, 1998).

Vale lembrar que tal dispositivo somente passaria a produzir efeitos jurídicos, de acordo com o art. 93⁴, a partir de 26 de março de 2001 (Brasil, 2000), restando o art. 11⁵ da Lei 6.354/76 (Brasil, 1976) expressamente revogado pelo art. 96⁶ do novo diploma (Brasil, 1998).

A Medida Provisória nº 2.141/2001 alterou, todavia, a redação do § 2º do art. 28 da Lei nº 9.615/98 e acrescentou:

Art. 28. [...].

§ 2º. O vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais, com o término da vigência do contrato de trabalho, salvo na hipótese prevista no § 3º, II, do art. 29 desta Lei.

Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com este, a partir de dezesseis anos de idade, o primeiro contrato de trabalho profissional, cujo prazo não poderá ser superior a cinco anos.

§ 3º. Apenas a entidade de prática desportiva formadora que, comprovadamente, firmar o primeiro contrato de trabalho com o atleta por ela profissionalizado, terá direito de exigir, do novo empregador, indenização de:

I- formação, quando da cessão do atleta durante a vigência do primeiro contrato, que não poderá exceder a duzentas vezes o montante da remuneração anual, vedada a cobrança cumulativa de cláusula penal;

4 Lei nº 9.615/1998 – “Art. 93. O disposto no art. 28, § 2º, desta Lei somente produzirá efeitos jurídicos a partir de 26 de março de 2001, respeitados os direitos adquiridos decorrentes dos contratos de trabalho e vínculos desportivos de atletas profissionais pactuados com base na legislação anterior (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000)” (Brasil, 2000).

5 Lei nº 6.354/1976 – “Art. 11. Entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes” (Brasil, 1976).

6 Lei nº 9.615/1998 – “Art. 96. São revogados, a partir da vigência do disposto no § 2º do art. 28 desta Lei, os incisos II e V e os §§ 1º e 3º do art. 3º, os arts. 4º, 6º, 11 e 13, o § 2º do art. 15, o parágrafo único do art. 16 e os arts. 23 e 26 da Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; são revogadas, a partir da data de publicação desta Lei, as Leis nos 8.672, de 6 de julho de 1993, e 8.946, de 5 de dezembro de 1994” (Brasil, 1998).

II- promoção, quando de nova contratação do atleta, no prazo de seis meses após o término do primeiro contrato, que não poderá exceder a cento e cinquenta vezes o montante da remuneração anual, desde que a entidade formadora permaneça pagando salários ao atleta enquanto não firmado o novo vínculo contratual (Brasil, 2001).

Na sequência, o dispositivo veio a receber nova redação conferida pela Lei nº 10.672/2003:

Art. 28. [...].

§ 2º. O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

I - com o término da vigência do contrato de trabalho desportivo; ou

II - com o pagamento da cláusula penal nos termos do *caput* deste artigo; ou ainda

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial de responsabilidade da entidade desportiva empregadora prevista nesta Lei (Brasil, 2003).

A Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), ao prever o sistema do passe livre – segundo o qual, havendo dois vínculos na contratação de um jogador, ou seja, o trabalhista e o desportivo, este último acessório do primeiro –, dispôs que, cessado o contrato de trabalho, cessaria também o vínculo desportivo por ser acessório do vínculo trabalhista (Brasil, 1998).

A Lei Pelé, no art. 28, preceitua que a atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva. O § 5º do referido dispositivo estabeleceu que o vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: I- com o término da vigência do contrato ou o seu distrato; II- com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva; III- com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei; IV- com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e V- com a dispensa imotivada do atleta (Brasil, 1998). Tal artigo deu a possibilidade ao jogador de, ao final do contrato, atuar por outra equipe.

O regime do passe foi substituído pelo da cláusula penal, que prevê uma multa a ser paga ao time se o jogador sair do clube antes de findo o contrato. O art. 28, § 1º, dispõe que o valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual: I- até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e II- sem qualquer limitação, para as transferências internacionais (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011) (Brasil, 2011).

O tratamento da relação contratual entre o atleta e a entidade de prática desportiva, a partir da Lei nº 9.615/98, alterou-se por completo. Com a nova legislação, o vínculo desportivo, efetivamente, passou a ter natureza acessória ao vínculo empregatício, na medida em que, terminado este, aquele não mais existiria.

4. DAS RETRIBUIÇÕES ECONÔMICAS DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

No desporto profissional, o atleta mantém contrato de trabalho com a entidade de prática de desporto. Felipe Ferreira Silva ensina que quatro são os rendimentos que podem ser percebidos pelo atleta profissional de futebol e que merecem atenção: *i)* salário, pago ao atleta em decorrência de um contrato de trabalho; *ii)* um prêmio pelo resultado do jogo; *iii)* um valor pelo uso ou exploração pelo uso de imagem; e *iv)* uma participação na receita advinda do “direito de arena” pago à entidade de prática desportiva por um terceiro que transmite ou retransmite o espetáculo ou evento desportivo (Silva, 2009, p. 58).

Para Domingos Sávio Zainaghi, o contrato de trabalho desportivo é aquele avençado entre o atleta (empregado) e a entidade de prática desportiva (empregador), por intermédio de um pacto formal no qual resta claro o caráter de subordinação do primeiro em relação a este último, mediante remuneração e trabalho prestado de maneira não eventual. Deve-se entender por formal um contrato de natureza escrita (Zainaghi, 2004, p. 15-17).

O art. 28, § 4º, da Lei Pelé disciplina a questão da aplicação de normas gerais trabalhistas e previdenciárias sobre o contrato do atleta profissional de futebol, além do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Constituição Federal. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos (Brasil, 1998).

Além da remuneração paga ao atleta, pode haver prêmios, os quais podem ser as luvas, bichos e gratificações.

As luvas visam a premiar o atleta que está aceitando mudar de empregador, compondo a remuneração para todos os efeitos legais. Alice Monteiro de Barros, referindo-se às luvas, leciona que

Seu valor é fixado tendo em vista a eficiência do atleta antes de ser contratado pela entidade desportiva, ou seja, o desempenho funcional já demonstrado no curso de sua vida profissional. Logo, embora de natureza retributiva, não se confunde com prêmio e gratificações, cujas causas concorrem no curso do contrato. As luvas têm natureza de salário pago por antecipação, não se confundindo com indenização, pois nelas não se encontra presente o caráter ressarcitório advindo da perda (Barros, 2003, p. 175).

Quanto ao bicho, José Martins Catharino o define como

um prêmio pago ao atleta-empregado por entidade empregadora, previsto ou não no contrato de emprego do qual são partes. Tal prêmio tem sempre a singularidade de ser individual, embora resulte de um trabalho coletivo desportivo. Além disto, geralmente, é aleatório, no sentido de estar condicionado a êxito alcançando em campo, sujeito à sorte ou azar (Catharino, 1969, p. 32).

Por fim, os dois últimos rendimentos do atleta profissional decorrem do uso ou da exploração pelo uso de imagem e a participação na receita advinda do “direito de arena”, pago à entidade de prática desportiva por terceiro que transmite ou retransmite o espetáculo ou evento desportivo, conforme será demonstrado mais adiante.

5. DA IMAGEM

Acerca da imagem, torna-se oportuno citar primeiramente o estudo de Zulmar Antonio Fachin, que assim diferencia e delimita a imagem em relação a outros direitos:

É preciso, desde logo, delimitar o conceito de imagem. E ao fazê-lo, deve-se estabelecer uma correção absolutamente necessária. A imagem do que se tratará, no âmbito desta análise, não é sinônimo de honra, prestígio ou reputação que a pessoa desfruta no meio social. Ao contrário, significa a imagem física da pessoa, apta a ser reproduzida por fotografia, escultura, pintura, filmagem ou por outros meios alcançados por técnicas cada vez mais sofisticadas (Fachin, 1999, p. 47).

Trata-se de uma concepção que diz respeito ao aspecto visual de uma pessoa. Não de forma diversa, Celso Bastos define o direito à imagem como “o direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento” (Bastos, 1989, p. 62). Para além, no entanto, dessa compreensão acerca da imagem física, que pode ser retratada em pinturas, desenhos, caricaturas, fotografias e até em holografia, há uma imagem que se conforma nas relações sociais e que se apresenta de acordo com a forma como uma determinada pessoa é vista socialmente.

Jaqueline Sarmento Dias conceitua imagem da seguinte forma: “[...] a imagem é a exteriorização da personalidade; compreende, desta forma, a manifestação corporal e espírito do homem. Não resta dúvida que a imagem é também parte do corpo, mas não fica presa a este” (Dias, 2000, p. 100).

Ao comentar a definição de Walter de Moraes, para quem “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito”, Luiz Aberto David Araujo esclarece que não apenas o aspecto visual da pessoa foi nela ressaltado, pois o conceito envolve uma compreensão mais abrangente, que engloba tanto o aspecto físico como também exteriorizações da personalidade (Moraes *apud* Araujo, 2013, p. 24).

A geração da imagem de uma pessoa envolve um fenômeno complexo de construção que, segundo explicação de Carlos Gherzi, necessita da distinção de quatro componentes ou processos, com fases sucessivas e contínuas: *i)* a autorregulação da liberdade, que constrói a imagem; *ii)* geração de uma condução ou determinação de reflexão e respeito em outro, ou em outros ou na sociedade; *iii)* uma ordem observável em outro(s) ou na sociedade, que aceita essa imagem e que responde com um comportamento conforme esse reconhecimento; *iv)* a incorporação conforme uma linguagem, capaz, segundo Schelling, de permitir a apropriação do universo ao criarmos um mundo de imagens adequadas às nossas capacidades e que somente podemos entender esse mundo à medida que o construímos e de maneira que o nosso entendimento se encerre dentro das fronteiras dessa linguagem (Schelling *apud* Gherzi, 2015, p. 361-362). Assim, inicia-se com um processo psicológico do ‘ego’ em que se encontra implicada uma autolimitação da liberdade, que repercute em uma auto exibição desse ‘eu’ construído – imagem – e finaliza com a consideração social, de maneira que, com essa imagem, a pessoa adquire compromissos a partir de um esquema de si própria, de auto regulação, resultado de uma autoavaliação e valoração de si, capaz de gerar respostas com uma determinada expectativa a exercer nos demais um influxo causal de reconhecimento e uma persistência de reciprocidade e determinismo (Wicklund *apud* Gherzi, 2015, p. 361).

Trata-se de um valor pessoal diretamente protegido para assegurar a autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem, o que se faz notar numa dimensão não patrimonial, autônoma dos direitos patrimoniais tutelados pelo direito de imagem, segundo o qual a exposição, a reprodução e o aproveitamento econômico do retrato são meios de expressão da personalidade, cabendo a cada pessoa determinar em que medida quer ser identificada, com a consequência de que a exposição, a reprodução e o aproveitamento econômico não consentidos representam uma invasão do espaço de autonomia individual (Festas, 2009, p. 55-57).

Esse valor da imagem é fruto da aprendizagem e a pessoa pensa ser ele verdadeiro, com um poder funcional e social, de maneira que a lesão por dissociação que alguém faz de sua imagem gera um mal-estar capaz de acarretar um dano (Palechano Barberá; Servando Díaz *apud* Gherzi, 2015, p. 362).

Como bem observa Felipe Ferreira da Silva, o consentimento é elemento essencial para que se opere a divulgação lícita da imagem. Sem ele, tem-se o ilícito configurado, ensejando que o lesado exija a indenização cabível pela exposição da imagem (Silva, 2009, p. 96), sem prejuízo de outras medidas judiciais.

Há divisão na doutrina quanto à (in)disponibilidade do direito à imagem. Entretanto, o detentor pode dispor parcialmente dela, seja a título gratuito ou oneroso, conforme leciona Zulmar Antonio Fachin:

A disponibilidade parcial da própria imagem é admitida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo mesmo uma prática comum na atualidade, especialmente entre as pessoas famosas, como desportistas, atrizes e modelos. O uso consentido da própria imagem em favor de terceiros pode se gratuitamente ou mediante pagamento, conforme se pretende demonstrar mais adiante. O que não se pode dispor, totalmente deste direito (Fachin, 1999, p. 72).

O atleta profissional de futebol celebra com o clube um contrato e, conforme adverte e explica Felipe Ferreira da Silva, a nomenclatura correta é contrato de licença de uso de imagem:

[...] no que se refere a nomenclatura utilizada, entendemos que deva ser feito um alerta. Para que se possa utilizar a imagem de outrem, não podemos falar em celebração de um contrato de cessão de direito de imagem. A uma, porque, em se tratando de direito de personalidade, o mesmo não pode ser cedido, como vimos. A duas, porque não é o direito de imagem que se licencia, e sim a exploração ou divulgação da mesma. O direito de imagem como tivemos oportunidade de registrar, é a proteção dada ao seu titular, pelo ordenamento jurídico, contra lesão à sua imagem (Silva, 2009, p. 98).

Em regra, conforme já visto, esse contrato é realizado pelo mesmo tempo em que é celebrado o contrato de trabalho, porém, diferentemente deste, o contrato de licença do uso de imagem tem natureza civil.

6. IMAGEM-RETRATO VERSUS IMAGEM-ATRIBUTO

O termo imagem, consoante já mencionado anteriormente, exprime a representação da aparência externa da pessoa por meio da imagem física, assim como a projeção valorativa do modo pelo qual as outras pessoas a veem por meio da imagem social (Festas, 2009, p. 50).

Os sistemas contemporâneos de Direito consideram o direito à imagem como gênero, que se subdivide em duas espécies, a saber, imagem-retrato e imagem-atributo: trata-se a primeira espécie do direito que tutela a expressão física da pessoa, isto é, a reprodução do retrato do indivíduo (imagem-retrato); já a segunda espécie diz respeito ao conjunto de características apresentadas socialmente por determinada pessoa, que se refere à imagem-atributo.

Diante da Constituição Federal de 1988, a imagem deixou de ser apenas um mero retrato – a exteriorização da figura –, uma vez que, num campo maior de incidência, também veio a tutelar o retrato moral do indivíduo, chamado imagem-atributo, que, apesar de semelhante à honra, ganha destaque independente. Dessa forma, Luiz Alberto David Araujo salienta que:

[...] existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de característicos apresentados socialmente por determinado indivíduo (Araujo, 2013, p. 27-28).

O direito à imagem-retrato consiste na faculdade de permitir ou não a reprodução, exposição ou divulgação da imagem.

A divulgação indevida da imagem de uma pessoa poderá ensejar danos incomensuráveis, razão pela qual o restabelecimento da situação anterior deve ser imediato e eficaz, podendo, inclusive, ser deferida uma cautelar determinando a busca e a apreensão do material que está sendo utilizado, ou, ainda, a ação de reparação de danos, tendo em vista a nítida violação dos direitos da personalidade.

7. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 expressamente consigna o direito à imagem dentre os direitos fundamentais, estabelecendo que fica assegurada proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, consoante for definido na lei (art. 5º, incisos X⁷ e XXVIII, “a”⁸, da CF/88) (Brasil, 1988).

Zulmar Antonio Fachin (1999, p. 47) destaca que a imagem é um instituto que não desfruta de tradição no campo do Direito Constitucional e que isso se verifica tanto no Brasil como em outros países, mesmo nos do denominado Primeiro Mundo, sendo que, no regime jurídico das

7 Constituição Federal – “Art. 5º, 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; [...]”. (Brasil, 1988).

8 Constituição Federal – “Art. 5º, XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; [...]” (Brasil, 1988).

Constituições brasileiras anteriores a 1988, o direito à imagem não era contemplado expressamente.

Na legislação ordinária, o princípio de tutela da imagem já estava enunciado no Código Civil de 1916, mais especificamente no art. 666, inciso X⁹, como um direito da pessoa de recusar a reprodução e exposição de seu retrato, ainda que exista um direito de autor da obra artística a retratá-la (Brasil, 1916).

Somente no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, é que o direito à imagem ganhou proteção legislativa considerável, ocasião em que recebeu tratamento específico, suprimindo a carência existente sobre o tema no direito pátrio, conforme disposto nos incisos V, X e XXVIII do art. 5º¹⁰ da Constituição (Brasil, 1988).

A imagem passou a ter assento constitucional, ocupando lugar de relevo, encartada pelo legislador constituinte no rol dos direitos e garantias fundamentais (Fachin, 1999, p. 82). No âmbito constitucional, constitui direito de cunho fundamental na defesa da dignidade da pessoa humana. No âmbito penal, foi inserida no próprio Código, como direito de tutela repressiva, por via de diversas figuras tipificadas como crimes, que visam a proteger as pessoas contra atentados (ex.: delitos contra a vida, a saúde, a honra, entre outros).

Na esfera civil, busca-se a proteção da pessoa no circuito privado contra a investida de particulares, por intermédio da preservação da liberdade e da autonomia própria de cada indivíduo, no intuito de preservar seus interesses íntimos (Dias, 2000, p. 43).

O Código Civil de 2002 disciplina o direito de imagem em seu art. 20¹¹ e estabelece que a divulgação, além da autorização por parte de seu titular, excepcionalmente poderá ser admitida se necessária à administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública. Já as questões relativas a atos ilícitos e à responsabilidade civil, respectivamente, foram alvo de disciplina nos arts. 186¹² e 927¹³, este último dispositivo a determinar a responsabilidade civil subjetiva, além da consagração da responsabilidade civil objetiva em seu parágrafo único (Brasil, 2002).

9 Código Civil de 1916 – “Art. 666. Não considera ofensa aos direitos do autor: X – A reprodução de retratos ou bustos sob encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto [...]” (Brasil, 1916).

10 Constituição Federal, “Art. 5º, inciso V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem [...]. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]. XXVIII – são assegurados nos termos da lei: a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”. (Brasil, 1988).

11 Código Civil de 2002 – “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais” (Brasil, 2002).

12 Código Civil de 2002 – “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Brasil, 2002).

13 Código Civil de 2002 – “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Brasil, 2002).

8. DIREITO DE ARENA

Quanto ao direito de arena, destaca-se que, para muitos, o futebol é um espetáculo e o atleta é um artista. O saudoso narrador esportivo Fiori Gigliotti (2021) já dizia, no começo de suas narrações em marcantes transmissões pelo rádio, “abrem-se as cortinas e começa o espetáculo”.

É oportuna a lição de Eduardo Augusto Viana da Silva, já que o atleta profissional de futebol, muitas vezes, é considerado um artista pela sociedade:

Não foge ao sentido a analogia formulada entre jogador de futebol e o artista, embora, em nossa opinião, não possa ser o atleta comparado em igualdade de condições profissionais ao artista, pois a sua atividade está mais voltada para a competição, para a prova, do que para o espetáculo, na essência do seu significado. Apesar disso, no imaginário social, a posição de ambos não se distancia tanto (Silva, 2006, p. 515).

Domingos Sávio Zainaghi (2020, p. 121) explica a origem do termo *arena*, derivado do latim, que significa areia na língua portuguesa, usado nos meios esportivos porque, na Antiguidade, os gladiadores se enfrentavam, entre si e com animais ferozes, em locais cujo piso era coberto de areia, pois facilitava a limpeza do sangue que ficava no solo após os enfrentamentos.

No âmbito do Direito Desportivo, a Lei nº 8.672/1993, em seu art. 24, *caput* e §§ 1º e 2º¹⁴, tutelou pela primeira vez o direito de arena e, tratando-se de uma lei específica, posteriormente, a Lei de Direitos Autorais deixou de tutelar o instituto do direito de arena, atualmente previsto no art. 42, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.615/98 (Brasil, 1998)¹⁵.

O direito de arena é referente a 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, que são repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuem, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.

Quanto ao valor pago pelo clube ao atleta profissional, o direito de arena tem natureza remuneratória. Já o direito de imagem, é celebrado em um contrato entre o clube e o atleta profissional (ou pessoa jurídica por este constituída), para trabalhar com a imagem do atleta.

Alice Monteiro de Barros (2002, p. 85) pontua que o direito de arena é reconhecido pela doutrina como um “direito conexo”, “vizinho” dos direitos autorais, mas ligado ao direito à imagem do atleta. É direito decorrente da proteção constitucional conferida também ao atleta

14 Lei nº 9.615/1998 - “Art. 24. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo desportivo de que participem. § 1º. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes do espetáculo desportivo para fins exclusivamente jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três minutos” (Brasil, 1998).

15 Lei nº 9.615/1998 - “Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). § 1º. Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). § 2º. O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições: [...]” (Redação dada pela Lei nº 13.155, de 2015) (Brasil, 2011).

profissional de futebol, conforme art. 5º, inciso XXVIII, alínea “a”¹⁶, da Constituição Federal, portanto, trata-se de um direito da personalidade (Brasil, 1988).

Segundo Zainaghi (2020, p. 146), o próprio objeto do direito de arena, qual seja, a imagem do atleta profissional de futebol, já demonstra a natureza singular desse direito, pois, se é direito de imagem, caberia então ao próprio atleta autorizar ou não a sua exibição pública. Por força legal, contudo, tal titularidade foi atribuída às entidades de prática desportiva com as quais os atletas possuem vínculo contratual, assim ocorrendo pelo fato de que seria quase impossível a anuência de todos os atletas por se tratar o futebol de um esporte coletivo.

A respeito, são dignos de destaque os ensinamentos precisos de Zulmar Antonio Fachin quanto à proteção da obra coletiva:

Protege, ainda, a Carta Magna a imagem da pessoa que participa da obra coletiva. É o chamado direito de arena. Estabelece no art. 5º, inciso XXVIII, alínea a, que são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (Fachin, 1999, p. 83).

Discute-se a natureza do direito de arena, que outorga à entidade a que esteja vinculado o participante a fixação, transmissão ou retransmissão de espetáculo público, com entrada paga (jogos de futebol), reservando parte do preço aos atletas. Incluído como direito conexo, pois assim já entendia a Lei nº 5.988/1973, no fundo, apresenta nuances de direito da personalidade, em especial quanto à ação dos participantes, que se comportam, em verdade, como os artistas, em *shows* e espetáculos públicos (Bittar, 2019, p. 1).

Não se pode confundir os conceitos de direito de imagem e direito de arena, já que este está inserido no art. 42, *caput*, da Lei Pelé (Lei nº 9.615/98) e no art. 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal, enquanto o direito de imagem está previsto no art. 5º, incisos V e X da Constituição e art. 87-A da Lei nº 9.615/98.

9. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM COMO MEIO ILÍCITO PARA REDUZIR ENCARGOS

Na prática, nas negociações realizadas entre o atleta profissional de futebol e o clube, além do contrato de trabalho escrito com a estipulação do salário e de outras remunerações como luvas e bichos, parte do ganho dos atletas advém do contrato de licença de uso de imagem.

Felipe Ferreira Silva esclarece que a exploração da imagem pode ser licenciada: *i)* pelo próprio atleta; *ii)* por uma empresa que tem o direito de explorar a imagem daquele desportista, com o qual celebrou contrato para este fim e que lhe confere este direito, ou *iii)* por uma empresa, em cujo quadro de sócios participa o próprio desportista, e aqui reside a diferença para o item “*ii*”, e que detém o direito de explorar a imagem desde que de acordo com contrato firmado para este fim (Silva, 2009, p. 98).

16 Constituição Federal – “Art. 5º, XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; [...]”. (Brasil, 1988).

Nesse viés, clubes e atletas costumam firmar um contrato de licença de uso de imagem à parte do contrato de trabalho, condicionando aquele à extinção deste, isto é, enquanto o segundo estiver vigente (Sá Filho, 2010, p. 95). Na prática, as parcelas mensais que devem ser adimplidas pelo clube ao atleta profissional a título de salário costumam, inadequadamente, ser muito inferiores em relação ao valor pago a título de direito de imagem, com pouca ou quase nenhuma publicidade realizada pelo clube quanto à imagem do atleta, o que sugere fortes indícios de fraude.

Cabe ao órgão julgador competente analisar cada caso, acuradamente, a fim de gerar o seu convencimento, determinando qual a natureza de cada contrato, ou seja, se de natureza civil ou, em caso de fraude (Minas Gerais, 2017)¹⁷, de natureza trabalhista, incorporando a parcela do direito de imagem ao salário (Sá Filho, 2010, p. 99). Dessa forma, o atleta poderá pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho na Justiça do Trabalho (Minas Gerais, 2020)¹⁸ com a integração da verba percebida, mascaradamente a título de direito de imagem, ao cálculo do montante nas verbas rescisórias.

Por força do art. 9º da CLT (Brasil, 1943)¹⁹ e, considerando ainda o princípio da primazia da realidade, o contrato de imagem não terá validade e, portanto, o pagamento efetuado em razão do direito de imagem integra o salário do atleta para efeitos legais (FGTS, Férias, 13º salários, etc.). O art. 87-A da Lei nº 9.615/98 estabelece que o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e com os valores pagos pelo direito ao uso da imagem:

Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem (Brasil, 1998).

Alguns clubes, entretanto, não respeitam a referida norma e firmam contratos acima do valor de 40% (quarenta por cento) a título de indenização pelo “uso de imagem”.

A relação de emprego é retratada de uma forma diferente de como efetivamente o trabalhador labora, tudo com o intuito de fraudar e desvirtuar as normas protetivas básicas do Direito

17 TRT3 - Recurso Ordinário nº 0011093-75.2015.5.03.0017 - EMENTA: ATLETA PROFISSIONAL - RETRIBUIÇÃO PELO USO DA IMAGEM - NATUREZA - FRAUDE - Consoante o artigo 87-A da Lei 9.615/98, com redação da Lei 12.935/2011, o atleta profissional pode ceder o direito de exploração da imagem ao Clube empregador por meio de cláusula constante do contrato de trabalho, ou por meio de um contrato de natureza civil. O pagamento de parcela mensal destinada a retribuir o atleta profissional pelo uso da imagem sem que o empregador faça efetivo uso desse direito evidencia fraude engendrada com o fim de burlar direitos trabalhistas, mascarando parte do valor salarial pago (Minas Gerais, 2017).

18 TRT3 - Recurso Ordinário nº 0010312-04.2020.5.03.0106 - EMENTA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DIREITO DE IMAGEM. ATLETA PROFISSIONAL. A competência material define-se em função do pedido e da causa de pedir. Assim, se a causa de pedir referente a direito de imagem de atleta profissional liga-se ao vínculo empregatício firmado entre as partes, e o pedido dela decorre, nos termos do artigo 114, IX, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho será competente para julgar o litígio (Minas Gerais, 2020).

19 CLT - “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (Brasil, 1943).

do Trabalho. Destaca-se que tem valor a realidade, pouco importando aquilo que consta nos documentos se essas informações divergirem da realidade.

Na mesma esteira de raciocínio, Sérgio Pinto Martins assevera que “no Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos”, concluindo que “são privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada” (Martins, 2012, p. 72). É vedada pelo Direito do Trabalho a utilização de contratos de cessão de imagem para desvirtuar a aplicação da legislação laboral. É evidente que esse tipo de contratação, na maioria das vezes, é de fácil comprovação na Justiça do Trabalho, isso porque os clubes não conseguem sequer comprovar a utilização dessa imagem contratada em campanha ou publicidade (Minas Gerais, 2020)²⁰.

O direito de imagem tem natureza distinta das obrigações assumidas pelas partes signatárias do contrato de trabalho, pois integra um direito da personalidade do atleta, passível de cessão. Constata-se, inclusive, a ausência de contraprestação laboral do atleta ao ceder o uso da própria imagem ao empregador, no que se difere do salário, que é sempre a retribuição devida ao empregado e paga pelo empregador pela prestação de serviços, conforme dispõe o art. 457 da CLT (Brasil, 1953)²¹. Se houver discrepância entre o pagamento ínfimo do salário na carteira de trabalho do atleta e o valor do contrato de imagem, é fundamental a verificação quanto à possibilidade de fraude nessa negociação.

Essa negociação realizada entre o clube e o atleta de forma a “mascarar” (Minas Gerais, 2017)²² o direito de imagem traz prejuízos aos atletas profissionais, primeiro porque o clube deixa de recolher a diferença de reflexos do salário do atleta para efeitos legais (FGTS, Férias, 13º salários etc.), consequentemente o direito à imagem fica sem a devida proteção, principalmente no plano constitucional, porquanto se trata de uma garantia individual que efetivamente traz consequências diretas à personalidade, gerando uma reparação cível, tendo em vista a ofensa à dignidade do atleta profissional de futebol.

10. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988 intitulou a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88) como um dos fundamentos do Estado, primeiramente a conferir sustentação para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais.

20 TRT3 – Recurso Ordinário nº 0010403-57.2020.5.03.0183 - EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. ÔNUS DA PROVA. ARTS. 373 DO CPC E 818 DA CLT. Nos termos dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC, incumbe ao reclamado demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante. Não tendo ele se desincumbido do seu ônus, impõe-se o acolhimento da pretensão do reclamante. Recurso a que se nega provimento (Minas Gerais, 2020).

21 CLT – “Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953) (Brasil, 1953).

22 TRT3 - Recurso Ordinário nº 0011093-75.2015.5.03.0017 - ATLETA PROFISSIONAL - RETRIBUIÇÃO PELO USO DA IMAGEM - NATUREZA - FRAUDE - Consoante o artigo 87-A da Lei 9.615/98, com redação da Lei 12.935/2011, o atleta profissional pode ceder o direito de exploração da imagem ao Clube empregador por meio de cláusula constante do contrato de trabalho, ou por meio de um contrato de natureza civil. O pagamento de parcela mensal destinada a retribuir o atleta profissional pelo uso da imagem sem que o empregador faça efetivo uso desse direito evidencia fraude engendrada com o fim de burlar direitos trabalhistas, mascarando parte do valor salarial pago (Minas Gerais, 2017).

Trata-se de cláusula geral que permite a proteção da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, dentre muitos outros direitos fundamentais, mas também dos direitos da personalidade no referente às relações privadas.

A Constituição de 1988 trouxe a positivação de diversos direitos fundamentais, a saber, os direitos à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade e à segurança, bem como desdobramentos de cada um desses direitos, como o direito à vida privada, à intimidade, à imagem, a direitos autorais, incluídas as participações individuais em obras coletivas, à reprodução da voz e da imagem (os dois últimos, como inovações) (art. 5º, *caput* e incisos X, XXVII e XXVIII), assegurando o direito à indenização pelo dano moral, em caso de violação (incisos V e X) (Bittar, 1991, p. 57).

Em princípio, se os direitos fundamentais foram constitucionalmente estabelecidos com a função de proteção das pessoas em face do Estado (em especial daqueles que exercem funções estatais), é necessário verificar que os direitos fundamentais incorporaram novas funções, dentre elas a de também assegurar proteção nas relações entre particulares por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que no Brasil é aplicada de forma imediata. Já os direitos da personalidade visam à salvaguarda das pessoas nas relações estabelecidas com outros particulares, de maneira que, por vezes, confundem-se alguns direitos fundamentais com certos direitos da personalidade, como no caso do direito de imagem.

Limongi França define os direitos de personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” (França, 1983), especialmente voltados à proteção da pessoa humana.

O Código Civil brasileiro apenas enumera, dos arts. 11 a 21, de forma não taxativa, direitos da personalidade, como é de sua própria natureza (Brasil, 2002). Em face dessa abertura das normas do Código Civil, torna-se necessário, muitas vezes, buscar a disciplina jurídica para o tratamento dos direitos da personalidade, inclusive para aplicação no plano civil, dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana, por ser um princípio concernente ao respeito à pessoa e à humanidade, além de estar constitucionalmente positivado de maneira a orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro, apresenta conteúdo substancial para os direitos da personalidade (Bittar, 1999, p. 1-2) por se tratar de um valor inerente à pessoa. A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo, de modo que é assegurado a toda pessoa o respeito a direitos que lhe permitam adimplir suas obrigações, mantendo suas condições existenciais mínimas para uma vida digna (Sarlet, 2007, p. 62). A tutela da dignidade transcende o ordenamento jurídico positivo – que, diga-se de passagem, precisa ser reformulado e adaptado para reger essas situações –, porquanto ela é inerente à natureza do ser humano (Gomes, 1999; Bittar, 1999).

Antonio Luís Chaves de Camargo identifica que a

pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua supe-

rioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa (Camargo, 1994, p. 27).

A Constituição da República de 1988, promovida pelo caráter de humanização, concebeu a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade, a fim de que, a partir da valorização do homem, fossem garantidos os direitos sociais. A dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, tem ao seu lado outros relevantes fundamentos, previstos nos incisos II e IV²³ do art. 1º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), como a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente.

Consoante ensina Gabriela Delgado,

[...] a perspectiva da Constituição Federal de 1988 é a de defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, com base numa concepção ampliada dos Direitos Humanos, estabelecendo o compromisso do Estado, da sociedade e do governo de zelar por tais direitos (Delgado, 2006, p. 206).

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida da pessoa, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

Ressalta-se que, como decorrência do disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a existência digna é medida pela quantidade de oportunidades proporcionadas aos indivíduos (Brasil, 1988). Todavia, não existe dignidade quando há privação de direitos em qualquer uma das fases da vida humana e, por essa razão, o trabalho análogo às condições de escravo é considerado indigno, uma vez que limita a dignidade do indivíduo e afronta a dignidade enquanto princípio.

Como resta evidente que o trabalho proporciona inclusão social, a dignidade humana deve ser protegida prioritariamente. Embora não haja tempo nem espaço para o desenvolvimento exaustivo que a matéria merece, cumpre assinalar que, pelo menos nessa perspectiva, o clube que celebra com o atleta profissional contrato de licença de uso de imagem como forma de mascarar e burlar a legislação trabalhista ofende diretamente os direitos de personalidade, ensejando, inclusive, reparação civil.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, observou-se que a prática desportiva formal e o desporto de rendimento de modo profissional são caracterizados pela existência de remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e o clube.

23 Constituição Federal – “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: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”. (Brasil, 1988).

O vínculo desportivo, efetivamente, passou a ter natureza acessória ao vínculo empregatício, na medida em que, terminado este, aquele não mais subsiste, tendo em vista que a Lei nº 9.615/98 acabou com o instituto do passe.

São quatro os rendimentos que podem ser percebidos pelo atleta profissional de futebol: o salário, como valor pago ao atleta em decorrência de um contrato de trabalho; um prêmio pelo resultado do jogo; o valor pelo uso ou exploração pelo uso de imagem; e a participação na receita advinda do “direito de arena”, pago à entidade de prática desportiva por um terceiro que transmite ou retransmite o espetáculo ou evento desportivo.

O conceito de imagem e o direito de imagem foram apresentados no artigo, constatando-se que o consentimento é elemento essencial para que se opere a divulgação lícita da imagem, com a consideração de que parte da doutrina entende ser possível a disponibilidade desse direito de forma parcial. Verifica-se que estão previstas no texto constitucional a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo, e a imagem-atributo, um conjunto de características no âmbito social.

Foi abordado o conceito de direito de arena, inserido no art. 42, *caput*, da Lei Pelé (Lei nº 9615/1998), e o direito de imagem no art. 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal. Ainda, o referido direito se diferencia do direito de imagem, previsto no art. 5º, incisos X e XXVIII, alínea “a”, da Constituição.

Nas negociações realizadas entre o atleta profissional e o clube, além do contrato de trabalho escrito, dentre outras remunerações como luvas e bichos, parte do ganho dos atletas é pago mediante contrato de licença de uso de imagem. Apurou-se que, na prática, as parcelas mensais que devam ser adimplidas pelo clube ao atleta profissional a título de salário costumam ser muito inferiores em relação ao valor pago a título de direito de imagem, com pouca ou quase nenhuma publicidade realizada pelo clube quanto à imagem do atleta, o que sugere forte indício de fraude.

Por força do art. 9º da CLT e, considerando ainda o princípio da primazia da realidade, o contrato de imagem não terá validade, já que o pagamento efetuado em razão do direito de imagem deve integrar o salário do atleta para efeitos legais (FGTS, Férias, 13º salários, etc). Nesse cenário, o direito à imagem fica sem a proteção que deveria ser dada, principalmente no plano constitucional, porquanto se trata de uma garantia individual, o que efetivamente traz consequências diretas à personalidade, gerando reparação cível, tendo em vista a ofensa à dignidade do atleta profissional de futebol.

Quanto à tutela da imagem, deve-se operar pela via judiciária, já que a vítima tem a pretensão de evitar ou fazer cessar a violação do direito. Logo, diante do ato ilícito cometido, a reparação deverá ser ampla e total, conforme se evidencia na norma do art. 5º, incisos V e X, da Constituição de 1988.

Conclui-se que os instrumentos de que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro para proteger a pessoa do uso indevido de sua imagem parecem ser eficazes, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho, quando há desvirtuamento do instituto visando a fraudar direitos trabalhistas de atletas profissionais de futebol.

Espera-se que este artigo sirva de base para outros estudos mais aprofundados e que contribua para o conhecimento acerca do direito à imagem, estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro para proteger a pessoa do uso indevido de sua imagem e impedir que os clubes de

futebol utilizem esse instituto de proteção constitucional de forma a cometer fraudes, gerando prejuízos aos atletas profissionais de futebol e trazendo consequências no âmbito dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

- AIDAR, Carlos Miguel Castex. *Direito Desportivo*. Campinas: Mizuno, 2000.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 1.999, de 1º de outubro de 1953*. Modifica o art. 457 e seus parágrafos do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1953]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1999.htm#art1. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 18 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976*. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6354impressao.htm. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998*. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000*. Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9981.htm#art1. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003*. Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.672.htm#art28%C2%A72. Acesso em: 27 set. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011*. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta

Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.141, de 23 de março de 2001*. Altera dispositivos da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2141.htm#art1. Acesso em: 27 set. 2021.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1969.

CAVAZZOLA JUNIOR, Cesar Augusto. *Manual de Direito Desportivo*. São Paulo: Edipro, 2014.

CONJUR [Redação]. Sócrates define lei do passe de jogador como escravidão. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 23 fev. 2001. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-fev-23/clubes_prorrogam_escravatura_brasil_socrates. Acesso em: 17 set. 2021.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 567, jan. 1983. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6001455/mod_resource/content/0/06.1.%20LimongiPersonalidade.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

GIGLIOTTI, Fiori. *Wikipédia*, 2021. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Fiori_Gigliotti. Acesso em: 17 set. 2021.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GHERSI, Carlos A. *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires: La Ley, 2015.

LEVY, Salomon. Patrimonialidade do Atleta de Futebol. In: MACHADO, Rubens Approbato et al. (org.). *Curso de Direito Desportivo Sistemático*. Porto Alegre: Quartier Latin, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (2. Turma). *Recurso Ordinário nº 0010312-04.2020.5.03.0106*. Relator: Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1129447668/recurso-ordinario-trabalhista-ro-103120420205030106-mg-0010312-0420205030106>. Acesso em: 17 set. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (3. Turma). *Recurso Ordinário nº 0011093-75.2015.5.03.0017*. Relator: Des. Vitor Salino de Moura Eça, 6 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/444121/TRT-3/J/2017-04-07/182454604/movimentacao-do-processo-0011093-7520155030017>. Acesso em: 17 set. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (10. Turma). *Recurso Ordinário nº 0010403-57.2020.5.03.0183*. Relator: Des. Rosemary de O. Pires, 5 de outubro de 2020. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111011255/recurso-ordinario-trabalhista-ro-104035720205030183-mg-0010403-5720205030183/inteiro-teor-1111011364>. Acesso em: 17 set. 2021.

PANHOCA, Heraldo Luís. Justiça Desportiva. In: AIDAR, Carlos Miguel (coord.). *Curso de Direito Desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 43-53.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. *Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Eduardo Augusto Viana da. *O poder, a sociedade e o Estado: o poder no desporto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Felipe Ferreira. *Tributação no Futebol: clubes e atletas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Contrato de trabalho de atleta profissional. In: AIDAR, Carlos Miguel (coord.). *Curso de Direito Desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 32-42.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/10/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/10/2021
- Avaliação 1: 05/10/2021
- Avaliação 2: 30/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2024
- Retorno rodada de correções: 18/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 18/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A EXIGÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE DADOS SOBRE A COVID-19 POR PARTE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 690-DF

THE DEMAND FOR DISCLOSURE OF DATA ON COVID-19 BY THE MINISTRY OF HEALTH IN THE LIGHT OF JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS OF THE DECISION OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADPF 690-DF

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS¹

HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR²

RICARDO SANTIAGO TEIXEIRA³

RESUMO

Nos países de tradição romano-germânica a partir da segunda metade do século XX, a influência dos ideais constitucionais estadunidenses levou a mudanças na atuação do Poder Judiciário como concretizador, ao lado dos outros Poderes, de valores estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, o problema a que se propõe responder é se é legítima a atuação do Poder Judiciário, com base na noção de ativismo judicial, em exigir do Poder Executivo a divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19. Os obje-

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Analista judiciário (área judiciária) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5333-5643>
- 3 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Especialista em Processo pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Agroambiental e Mineral pela Universidade Federal do Pará UFPA em parceria com a Escola Superior da Magistratura do Pará. Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Tabelião da serventia extrajudicial do Distrito de Mosqueiro, município de Belém/PA, como titular do Cartório Santiago Teixeira. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8924-4818>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira; TEIXEIRA, Ricardo Santiago. A exigência de divulgação de dados sobre a Covid-19 por parte do Ministério da Saúde à luz do ativismo judicial: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 250-271, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.8338>.

tivos específicos são: fazer considerações sobre o ativismo judicial e demonstrar, com a decisão cautelar na ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, que o ativismo judicial é o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário como também materializador da CRFB/1988. O método utilizado é o dedutivo. A pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para obrigar o Poder Executivo a divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, é expressão de forte ativismo judicial, resultante de sua competência concretizadora de Direitos Fundamentais e da equivocidade da política pública de divulgação de dados sobre a saúde no Brasil.

Palavras-chave: ativismo judicial; Ministério da Saúde; divulgação de dados; COVID-19; separação de poderes; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In countries of Roman-German tradition from the second half of the 20th century onwards, the influence of American constitutional ideals led to changes in the performance of the Judiciary as a materializer, alongside other Powers, of values established in the Constitution of the Brazil. Thus, the problem to which it is proposed to answer is whether the performance of the Judiciary Power, based on the notion of judicial activism, in demanding from the Executive Power the disclosure of data on the pandemic of COVID-19 is legitimate. The specific objectives are: to make considerations about judicial activism and demonstrate, with the precautionary decision in ADPF 690-DF, that determined to the Ministry of Health to disclose data on the COVID-19 pandemic, that judicial activism is the logical consectary of the constitutional recognition of the Judiciary as also materializing the Constitution. The deductive method is used. The research is bibliographic and jurisprudential. It is concluded that the reasoning used by the Supreme Court to compel the Executive Branch to disclose data on the pandemic of COVID-19, is an expression of strong judicial activism, resulting from its competence to concretize Fundamental Rights and the equivocal public policy of dissemination of health data in Brazil.

Keywords: judicial activism; dice; disclosure; Ministry of Health; COVID-19; separation of powers; Federal Court of Justice.

1. INTRODUÇÃO

Nos países de tradição romano-germânica, a partir de meados do século XX, a influência dos ideais constitucionais estadunidenses alterou a forma de perceber-se, aplicar e concretizar direitos e objetivos forjados no âmago de suas Constituições, influência esta que foi moldada pela Suprema Corte tomando por base o caso *Marbury vs. Madison* (1803) e *Dred Scott vs. Sandford* (1857), somada, ainda, à noção, moldada no famoso caso *Lüth*, de que os Direitos Fundamentais consolidam uma ordem objetiva de valores.

Os valores e objetivos, previstos nas Constituições, deixam de ser apenas um norte a ser seguido frente à atuação pelo Legislativo e passam a transformar-se em verdadeiros direitos materializados também diretamente pelos seus destinatários por meio de decisões do Poder Judiciário. As Constituições ditas viventes passam, então, a ter força normativa latente.

Essa força normativa da Constituição ajudou, de modo inexorável, a transformar o Judiciário num verdadeiro concretizador de valores constitucionais, potencializando seu protagonismo em relação aos demais Poderes, deixando de ser apenas um aplicador da Constituição para também ser um realizador dos valores nela contidos.

Nesse contexto de relevância do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), é que se torna premente o estudo do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências sobre e a partir das políticas públicas, observando-se que tal fenômeno está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seja através da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, seja pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição ou pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesse sentido, o ativismo judicial tem ligação direta com a noção de judicialização da Política e com o positivismo jurisprudencial, visto que envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade, decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política.

Desta feita, o presente artigo tem como objetivo primordial demonstrar que o ativismo judicial se trata de um protagonismo do Poder Judiciário, por seus julgamentos, como concretizador de princípios e objetivos constitucionais, bem como pelo reconhecimento da força normativa dos valores estabelecidos na Constituição, especialmente a partir das premissas fixadas pelo caso *Lüth*, premissas essas que marcam a interpretação contemporânea dos Direitos Fundamentais. Essa tendência surgiu como uma consequência da adoção pelos constituintes dos diversos países de influência romano-germânica, dentre eles o Brasil, após a segunda guerra mundial.

Posteriormente, a partir das considerações traçadas na decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, será possível notar que o ativismo judicial nada mais é do que o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário enquanto concretizador das normas previstas na CRFB/1988, estando de acordo com modelo constitucional de Separação de Poderes.

Para alcançar tal objetivo, o trabalho será dividido em quatro tópicos da seguinte forma: no primeiro tópico será analisada como a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a influência do modelo constitucional estadunidense e as noções firmadas no caso *Lüth* referente aos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores embasaram a necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário no que concerne à concretização de direitos e objetivos estabelecidos diretamente na Constituição; no segundo tópico, serão analisadas as principais críticas ao ativismo judicial; no terceiro tópico, será analisado como as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de aprofundado cunho valorativo e de uma quase impossível unanimidade, vêm sendo recepcionadas de forma acrítica pela sociedade; por fim, será feita análise da decisão do STF no julgamento da medida cautelar nos autos da ADPF 690-DF, que determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, à luz do ativismo judicial.

A metodologia utilizada no presente artigo será a dedutiva, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, tendo como justificativa para a pesquisa a necessidade de se averiguar a pertinência e legitimidade do chamado ativismo judicial pelo Poder Judiciário brasileiro no controle de políticas públicas por parte dos demais poderes estatais, especificamente em

relação à divulgação de dados da pandemia de COVID-19 pelo Ministério da Saúde enquanto ente do Poder Executivo Federal.

2. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: O POSITIVISMO JURÍDICO E A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL POR MEIO DAS MUDANÇAS NA CONCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. O CASO LÜTH.

Coube a John Locke (1690, p. 59 *apud* Chevallier, p. 110), na linha de outros autores, reconhecer três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir como a força pública haveria de ser empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a confederativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças).

Todavia, foi com Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu de la Brède (1997), que a teoria da divisão de poderes ganhou destaque e relevância. Para Montesquieu a concentração em um só ente das competências Estatais de criar as leis, administrar a coisa pública e julgar, tende ao abuso e, por conseguinte, à violação da vida e das liberdades dos cidadãos. Nesse sentido, a trilogia dos Poderes é exposta por Montesquieu no Livro XI de sua obra, *O Espírito das Leis*, cujo capítulo VI vai dedicado à organização política dos ingleses. Nesse estudo, Montesquieu (1997, p. 202) apresenta a separação dos Poderes como uma garantia da liberdade individual e assim justifica:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, o cidadão não tem nenhuma liberdade; porque será impossível ter dúvidas sobre que o mesmo monarca e o mesmo corpo legislativo façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. Não há também liberdade se o poder de julgar não é separado do poder de legislar e do poder de executar. Se ele está junto ao poder legislativo, a disposição sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrária. E se ele está junto ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor...

Essa divisão do Estado em três Poderes acarretaria o acúmulo de funções típicas e atípicas, cabendo ao Poder Legislativo não só a função de criar normas (função típica), mas também a de julgar e administrar (funções atípicas). A competência do Judiciário seria a de julgar (função típica) e a de administrar e legislar (função atípica); por fim, ao Executivo, caberia a função típica de administrar a coisa pública e como atípicas as de julgar e legislar (Montesquieu, 1997).

Nesse sentido, Montesquieu reconhece o Judiciário como Poder política e axiologicamente neutro, devendo ser o instrumento por meio do qual a voz do parlamento falaria. Trata-se de uma função nitidamente apequenada. Justificava-se esse papel pelo fato de que no antigo regime francês os juízes estavam profundamente enraizados à estrutura feudal pré-revolucionária, atuando de forma abusiva e impopular.

Por esta razón, la Francia posrevolucionaria ha mostrado con insistencia una actitud rígidamente contraria al control judicial. Esta actitud había encontrado ya su conceptualización en la descripción que Montesquieu hacía de los jueces como meras «bocas de la ley», «seres inanimados» cuya única tarea debería ser la de apücar de manera ciega, automática, carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular (Cappelletti, 1980, p. 66).

Neste sentido, um controle realizado judicialmente significaria uma intromissão no monopólio político-normativo que, como se sabe, era função precípua do Poder Legislativo.

Assim, dentro dessa lógica a medida da independência do Judiciário era a neutralidade política, pelo que quanto mais neutro (atuar se provocado, atuar com base na lei e atuar em dependência orçamentária), mais independente seria o Poder Judiciário. Nesta lógica não se poderia esperar (ou desejar) atuar diverso e controverso por parte do Judiciário (Trigueiro, 1981).

Importa salientar que nesse aspecto a Constituição não poderia ser considerada um documento normativo, segundo a teoria da separação de poderes de Montesquieu, no sentido de regular diretamente as relações entre os cidadãos ou entre Estado e cidadãos, sendo suas disposições de caráter meramente organizatório ou jurídico-processual, tendo sido tal modelo de grande influência por toda a Europa Continental, servindo de base para o positivismo jurídico, adotado como pensamento dominante pelos Estados Liberais, conforme se vê em Verbicaro, (2017, p. 52):

O positivismo jurídico nasce, pois, do impulso histórico para a legislação, que apresenta uma dupla exigência: estabelecer ordem ao caos de um direito primitivo, nitidamente inconsciente, irrefletido e irracional e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social e para estabilização das expectativas. Dessa forma, impõe-se ao direito moderno a tarefa de racionalização, simplificação e nivelamento do sistema social.

Assim, o positivismo jurídico consolida-se no âmago dos Estados Liberais atingindo o seu auge durante o século XIX, sendo que, servindo como paradigma dominante da moderna dogmática jurídica dos países Europeus e suas ex-colônias e países de influência.

A forte influência burguesa de valores individualistas, apoiada na ideia de segurança jurídica e de respeito a valores individuais, fez com que os Estados Liberais passassem a adotar a produção normativa feita pelo Poder Legislativo como sendo a única capaz de garantir a exatidão necessária para implementarem segurança e certeza condizentes com a racionalidade da modernidade.

Além disso, o Estado Liberal passou também a exigir a função de garantir, por meio de normas gerais, produzidas do âmago do Poder Legislativo, a estabilidade social e a resolução de conflitos necessários ao desenvolvimento do ideal econômico burguês da modernidade, estando tal estado submetido às regras de direito e do mercado, enquanto garantidor da liberdade, da propriedade e da segurança, de acordo com Bastos (2007, p. 31-32).

Evidentemente que o direito é chamado a legitimar tal discurso. Afinal, o “Estado moderno é basicamente um sistema jurídico”, na medida em que a legitimidade de sua conduta não está na força ou na violência, mas sim na submissão a um conjunto de normas válidas. [...] Neste universo, é impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças, esta igualdade formal, razão pela qual caberia a ele apenas salvaguardar a ordem pública e as demais condições de competição.

Acresça-se, como causa disso, o acelerado processo de industrialização e de massificação da produção que tornou a sociedade moderna mais complexa dando origem a realidades sociais em diversos países marcadas por altos índices de miséria, indigência, desigualdade na distribuição de renda e diversas outros conflitos sociais, reveladores “dos limites da aplicabilidade do princípio da igualdade formal perante a lei” (Verbicaro, 2017, p. 68).

A indiferença aos problemas sociais como mote do estado liberal, passa a ser questionada por forças sociais que surgem a partir da tentativa de massificação e padronização da sociedade, questionamentos esses que o Estado e o direito formal não conseguiram acompanhar.

O sistema capitalista, desta feita, precisou de reformulação abrindo-se às influências sociais, a fim de preservar os seus fundamentos estruturais e de sua legitimação, uma vez que não bastava mais a existência de igualdades formais e de um Estado com postura indiferente às necessidades sociais. Era preciso uma reformulação da própria ideia de Estado e de sua função como concretizador de objetivos políticos específicos e de correção de questões sociais, como forma de sobrevivência do próprio sistema capitalista através da reparação de eventuais falhas sistêmicas, conforme Bastos (2007, p. 34-35):

Visando reparar as “eventuais” falhas do mercado, corrigir seus “excessos”, reduzir os chamados custos de transação, organizando e protegendo a sociedade, a ideia principal a ser propalada pelos defensores do chamado capitalismo social ou organizado é a de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o Estado “humanizar os rigores do primeiro capitalismo”, por meio, inclusive, de uma revisão ética do conceito de racionalidade humana.

Desse modo, o Estado assumiu uma postura mais ativa na implementação da chamada igualdade material por meio de políticas públicas com a inclusão social, repercutindo na forma de concepção da lei e da Constituição, baseando-se, ainda, na ideia de que no estado social-distribuidor, “a lei passa a assumir a função estratégica de conformação e direção política orientada a determinado fim para contornar uma dada situação concreta” (Verbicaro, 2017, p. 69).

Diversos direitos sociais, a partir de então, voltados à consolidação da igualdade material, foram deslocados para o cerne das Constituições, em vários países ocidentais, passando as Constituições a disporem não somente de direitos individuais, mas, especialmente, de direitos sociais. As normas constitucionais, destarte, passam a elucidar programas de ação para os Estados, com nítida conotação dirigente, de modo a guiar toda a atividade estatal:

Não se cuida mais, portanto, de liberdade do indivíduo perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direi-

tos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material. (Sarlet, 2012, p. 33).

No Brasil, país de origem romano-germânica, esta passagem do Estado Liberal para o Estado Social, não deixou o direito imune a modificações na maneira de ser concebido. “Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da 2ª Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações” (Barroso, 2010, p. 3). Do mesmo modo, e refletindo, precisamente, tais mudanças, as Constituições passaram por modificações políticas, conceituais e paradigmáticas relevantes.

Há um marco jurisprudencial para identificar tais transformações: trata-se do famoso caso *Lüth* (Dimoulis; Martins, 2014), de 15.01.1958. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha, sob a égide da lei fundamental de 1949, entendeu que os Direitos Fundamentais deviam desempenhar uma função além da de mera proteção de situações individuais. Veja-se a correta síntese formulada por Dimoulis e Martins (2014, p. 260):

Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil.

Afinal, os Direitos Fundamentais, em que pese apresentarem natureza jurídica de norma principiológica, consagrariam uma ordem objetiva de valores, que valeriam para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional, influenciando e condicionando todas as áreas do direito, e condicionando, igualmente, os três Poderes estatais, de modo que Legislativo, Administração Pública e Judiciário receberiam de tal ordenamento objetivo diretrizes e impulsos inexoravelmente condicionantes do agir estatal.

É por isso que Grimm (2006, p. 276) aduz que, a partir do caso *Lüth*, a Corte alemã concluiu que as exigências dos Direitos Fundamentais não seriam apenas válidas para o legislador, mas também no momento de interpretação e aplicação das leis. Desta forma, a proteção dos Direitos Fundamentais foi alçada para o nível de aplicação do direito. É dizer, leis que restrinjam Direitos Fundamentais devem ser interpretadas à luz do direito fundamental restringido.

Pela relevância do tema trazido neste trabalho, faz-se mister trazer a lume, *ipsis litteris*, o pensamento de Grimm (2006, p. 279):

Onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição, os direitos fundamentais lembram-lhe suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela, os direitos fundamentais lembram o preceito de igualdade de tratamento.

Analisando as premissas postas por meio do Caso Lüth e a passagem da lavra de Grimm, supra transcrita, resta claro ter ocorrido uma identificação entre os termos “Direitos Fundamentais” e “Poder Judiciário”. Dessa forma, ler-se-ia: “Onde a política se deixa aprisionar pelo benefício de curto prazo para a próxima eleição” o Poder Judiciário lembra-lhe “suas diretrizes de objetivos e obrigações de longo prazo, superiores aos interesses partidários. Onde a política cede à pressão de poderosos interesses ou tem preferência por sua clientela,” o Poder Judiciário lembra “o preceito de igualdade de tratamento”.

De certa forma essa identificação restaria inescusável eis que parece correto sustentar que os Direitos Humanos e a ideia que consagram e da qual extraem sua força, buscam “uma distância crítica da lei” à medida que “consistem precisamente no instrumento de crítica e contestação, exatamente, do sistema de direito positivo” (Barreto, 2013, p. 30-31). Essa ideia levou Douzinas (2009, p. 373), com precisão, a afirmar que:

Os Direitos Humanos encontram um lugar desconfortável no texto da lei. Na medida em que se tornam discurso jurídico positivado e se juntam ao cálculo da lei, à tematização e à sincronização, eles compartilham o intento de sujeitar a sociedade com a lógica única e dominante, que necessariamente viola a demanda de justiça. Mas, ao mesmo tempo eles representam o Poder Judiciário absolutamente dissonante da postura neutra, pouco criativa e extremamente reativa pensada por Montesquieu.

Tal postura, ademais, resta prejudicada pelas expectativas decorrentes do Estado Constitucional Social, que se desenvolve no pós-segunda guerra, tendo por principal característica a subordinação das políticas e da legislação a uma Constituição dita normativa, passando os Juízes e Tribunais a ter competências não apenas para invalidar leis e atos administrativos contrários material e formalmente à Constituição, mas também interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição, ou melhor, à luz de um texto constitucional repleto de normas principiológica (valores) de textura exegética aberta (e, assim, com diversas possibilidades semânticas, inclusive potencialmente contraditórias) e com pretensão de gozarem de força normativa, de constituírem-se, não nos esqueçamos, em uma ordem (um comando) objetiva.

A esse fenômeno alguns autores denominam de neoconstitucionalismo. De acordo com Barroso (2010, p. 4), esse neoconstitucionalismo, é marcado fundamentalmente por três características: a) o reconhecimento de força normativa da Constituição, b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional, que acompanharão tanto a forma de se pensar quanto a forma de se implementar os valores constitucionais, em especial aqueles voltados aos direitos sociais, senão vejamos:

Ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional, foram desenvolvidas novas categorias, com o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais, a crescente utilização da técnica da ponderação, a reabilitação da razão prática na argumentação, como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Neste contexto, os direitos sociais necessitavam de efetivação de políticas públicas do Estado por terem sido elevados à categoria de direitos constitucionais fazendo com que os tribunais interferissem na realização e efetivação dos preceitos constitucionais” por meio “de uma atuação prospectiva, contrária àquela visualizada no Estado Liberal, essencialmente retrospectiva” (Verbicaro, 2017, p. 75).

Ressalte-se que tal interferência do Poder Judiciário para concretização das políticas públicas é potencializada, sobretudo, pela forma como os direitos foram dispostos nas Constituições, essencialmente por meio de princípios, de baixa densidade semântica, como já lembrado supra, e que devem ser dimensionados pelo magistrado.

Nesse ponto, faz-se necessária a ideia de Verbicaro (2017, p. 75-76) de que, para a aplicabilidade dos direitos fundamentais e para evitarem-se os casuísmos e decisionismos interpretativos e judiciais, é imprescindível uma interpretação que se coadune com uma teoria de direitos fundamentais, criada a partir de uma espécie de ativismo judicial, de uma maior atuação dos tribunais constitucionais (Jurisdição Constitucional) e “a construção de novos *Standards* centrados em modelos distintos de atuação judicial que superam o modelo dedutivo consolidado nos Estados Liberais”.

Assim, esse ativismo judicial restou firmado no caso Lüth em que o modelo de aplicação direta dos Direitos Fundamentais não se coadunava pela subsunção, característica das regras, mas sim na noção de que o melhor critério a ser utilizado pelo julgador para solucionar aparente conflito de bens jurídicos tutelados deveria ser a ponderação. (Dimoulis; Martins, 2014, p. 260).

A ponderação seria o método adequado para a solução de conflitos entre normas que consagram Direitos Fundamentais (e os valores nelas residentes), à medida que a solução de tais conflitos jamais poderia acarretar o desprestígio de qualquer dos valores conflitantes, pelo que mister se analisar todas as circunstâncias do caso concreto onde o conflito esteja ocorrendo, a partir de uma visão completa de tal caso, dialogando-se com todos os fatores substanciais que envolvem o conflito cuja solução se pretende. São as circunstâncias do caso concreto que farão do Direito Fundamental “A” vencer o conflito com o Direito Fundamental “B”, o que revela que à luz de outras circunstâncias o mesmo conflito poderá ter outro desfecho.

Assim, essa forte ideia acerca da ordem objetiva de valores e, a partir dela e das importantes consequências dela advindas (maior densidade normativa das normas principiológicas, efeito irradiador, eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais e ponderação) parece fomentar a ideia de um Poder Judiciário protagonista na concretização dos objetivos e compromissos definidos na Constituição, o que, por seu turno, parece fundamentar a ideia de ativismo judicial, ligado a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (mudança *do law in book* para o *law in action*), conforme Barroso (2012, p. 26):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Parece ser correto afirmar, todavia, que se tais ideias parecem fundamentar um protagonismo do Poder Judiciário e uma conduta ativista de sua parte, por outro lado essa mesma ideia não parece sugerir que tal protagonismo será exercido de modo exclusivo, que tal ativismo será não para tutelar a Constituição, mas para assenhorar-se dela, não para que o Poder Judiciário seja o *Hüter* da Constituição, mas para ser seu *Herr*, na expressão marcante de Verdú (1994).

O que acarreta tal protagonismo exclusivo, o que causa o indevido apossamento da Constituição está mais ligado à negligência dos demais Poderes no exercício de suas funções, inclu-

sive a de servir de freio e contrapeso, e na precariedade dos controles institucionais ligados ao exercício da cidadania. Afinal, como também, acertadamente, alertou Montesquieu (1997), é da natureza do poder caminhar até onde encontrar limites. Assim, no caso Brasil, o ativismo judicial ganhou contornos de uma realidade mais latente com o fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional ambos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio dos mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade e da força de suas decisões, que “somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional” (Moraes, 2017, p. 39).

Nota-se, assim, que o chamado ativismo judicial, que sofre inúmeras críticas, algumas justas, decorre do protagonismo que o novo modelo constitucional aferiu ao Judiciário.

Nesse sentido os próximos tópicos destinar-se-ão a analisar as principais críticas ao ativismo judicial e de que forma o protagonismo que o judiciário vem ganhando pode se desviar de tais críticas. Por fim, será analisada a decisão tomada no julgamento da medida cautelar da ADPF 690, como emanção do próprio ativismo judiciário forjado em âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3. AS PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL E SEU APERFEIÇOAMENTO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.

Os meios de comunicação têm dado enorme relevo ultimamente às decisões do Supremo Tribunal Federal incutindo na sociedade o papel do Judiciário como intérprete dos valores constitucionais e de condutor também de diversas escolhas políticas sensíveis à moralidade.

Entretanto, a enorme exposição midiática acarretou severas críticas à atuação do Poder Judiciário, conjecturando-se, por vezes, eventuais desvios de suas competências constitucionais e extrapolação de poderes.

O presente tópico, desse modo, tem como objetivo apontar as principais críticas ao ativismo judicial, como tentativa de aperfeiçoamento deste fenômeno recente do sistema jurídico brasileiro.

De acordo com a doutrina de Feio (2018, p. 48), a primeira crítica que se faz ao ativismo judicial é a possibilidade de enfraquecimento dos Direitos Fundamentais, uma vez que, como tais direitos estão previstos constitucionalmente por meio de princípios, não havendo um conteúdo certo e acabado de seus conteúdos, cabe ao aplicador a sua definição, tendo o Judiciário a última palavra sobre o seu conteúdo, o que pode resultar na perda de força de sua dimensão.

Assim, poderia haver subjetividade de cada membro do Poder Judiciário na fixação da dimensão do que vem a ser tais Direitos Fundamentais e sua amplitude. Nesse sentido Feio (2018, p. 49) esclarece que a “aplicação dos direitos fundamentais acaba se transformando em uma exposição de valores pessoais, em que o julgador expressa suas preferências em detrimento dos direitos fundamentais”.

A ponderação entre os princípios fundamentais, segundo os críticos, facilitaria a manipulação do seu conteúdo, dando margem para os juízes decidirem da maneira que entendessem, até mesmo contra a lei, violando a separação de poderes e modificando valores constitucionais (Habermas, 1997, p. 304-305).

Nota-se, assim, que há o risco de que, na ânsia de concretizar valores previstos na Constituição, os juízes, transbordem para as suas decisões manifestações meramente pessoais e sentidos da vida subjetivos que tenham como resultado, na verdade, uma limitação de direitos fundamentais não almejada pelo constituinte.

Contudo, isso faz parte da escolha do constituinte no sentido de ser o Poder Judiciário também responsável pela concretização de valores constitucionais.

A Constituição, a partir dessa escolha, optou por colocar no seu âmago, com força normativa, os Direitos Fundamentais, tendo encarregado o Poder Judiciário da competência de apreciar qualquer ameaça ou violação a tais direitos. Portanto, quando o magistrado pondera determinado Direito Fundamental por meio de princípios, não está, em tese, limitando ou enfraquecendo qualquer valor, mas sim cumprindo a competência que lhe foi outorgada pela própria Constituição.

Outro ponto relevante refere-se às garantias dos membros do Poder Judiciário (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios) que lhes asseguram certa proteção funcional para se defenderem de influências externas que eventualmente podem levar a tomada de decisões no sentido de diminuir a força dos direitos fundamentais, fragilizando-os. Em sentido oposto, os membros do Poder Legislativo exercem suas funções, muitas vezes, voltados a garantir a manutenção de seus cargos em eleições periódicas, observando-se que, em tese, são mais vulneráveis à atuação de agentes de pressão, quase nunca interessados no fortalecimento da dimensão de direitos fundamentais.

Por sua vez a segunda crítica diz respeito a certo protagonismo do Judiciário em relação aos demais Poderes, afirmando que seria por intermédio de políticas públicas definidas e executadas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, e não mediante decisões judiciais, que deveria ser garantido o acesso aos direitos fundamentais previstos na Constituição, como saúde, educação, saneamento básico, moradia, dentre outros (Feio, 2018, p. 50-54).

Contudo, o Poder Judiciário, que deveria atuar apenas como exceção, acabou por ganhar protagonismo na concretização de políticas públicas voltadas à defesa dos direitos fundamentais, principalmente pelo não cumprimento dos ditames constitucionais por parte dos demais poderes.

Acresça-se a isso, como já visto, que as Constituições dos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, hoje pretendem gozar de força normativa latente, funcionando como organismos vivos, em constante mutação e atualização de seu sentido, não necessariamente de seu texto.

Assim, qualquer ofensa a Direito Fundamental previsto na Constituição constitui violação passível de apreciação pelo Poder Judiciário, independentemente de esse direito estar consolidado em uma norma princípio e não em uma norma regra.

Uma terceira crítica, está ligada ao que Bickel (1963) denominou de dificuldade contramajoritária e diz respeito ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário e da possibilidade de o ativismo judicial criar riscos para a legitimidade democrática das decisões, pois os membros

do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, não possuindo, portanto, legitimidade para invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pela vontade popular.

Entretanto, a doutrina de Barroso (2012, p. 28) identifica dois fundamentos para legitimar tal atuação do Poder Judiciário e rebater tal crítica, sendo um de ordem normativa e outro de ordem filosófica.

O fundamento de ordem normativa é, como já apontado alhures, no sentido de que é a própria Constituição que atribui ao Poder Judiciário a competência de declarar leis contrárias aos ditames da Constituição da República, não sendo incomum que Estados democráticos, como Brasil, separem uma parcela de poder político para ser exercido por agentes não eleitos diretamente pelo povo, de atuação mais técnica, estável e imparcial, tendo os magistrados a competência para atribuir sentido a expressões vagas, fluidas, indeterminadas, de baixa densidade semântica, atuando como coautores do processo.

Por sua vez, o fundamento de ordem filosófica surge a partir da ideia de que o Estado constitucional democrático é formado por duas dimensões: constitucionalismo (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (governo do povo, governo da maioria). Surgem, assim, situações de tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Para equilibrar tais situações de tensão, a Constituição deve desempenhar um papel de estabelecer as regras do exercício da democracia, assegurando participação política ampla, e também um papel de proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo contrários à vontade circunstancial de quem tem mais votos. A jurisdição constitucional, nesse sentido, é na realidade uma garantia para a própria democracia e não um risco a ela, observando-se a manifestação de Barroso (2012, p. 28):

E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Por fim, a quarta crítica faz referência à atribuição institucional do Judiciário de decidir em determinadas questões, pois, mesmo o Poder Judiciário tendo a palavra definitiva sobre a constitucionalidade ou legalidade de determinada matéria colocada à sua apreciação em alguns casos que exijam grande rigor técnico, como no caso de declaração de estado de coisas inconstitucionais (ADPF 347/DF), importação de pneus reaproveitados (ADPF 101/DF) ou a proibição em âmbito nacional de uso do amianto crisotila (ADPF 109/SP), em que houve estudos técnicos e científicos adequados, teria a obrigação de privilegiar as manifestações tomadas pelos outros Poderes. Contudo, a capacidade técnica do Poder Judiciário em decidir definitivamente determinadas questões não é a mesma que a dos demais Poderes, devendo levar em conta a sua capacidade institucional em deliberar de maneira diversa.

Ademais a possibilidade de que a decisão judicial possa causar riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, exige em certos casos uma cautela maior e deferência por parte do Judiciário em contraposição à determinada decisão tomada pelos demais Poderes.

Nesse aspecto, torna-se impossível aos juízes “disponerem de informações, tempo e conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (Barroso, 2012, p.27), questões essas sobre saúde, vagas em creche e educação, por exemplo.

Não são raras decisões a serem tomadas com emoções ou movidas por valores pessoais/subjetivos potencialmente capazes de esgotar receitas orçamentárias e colocando em risco a própria continuidade das políticas públicas almejadas.

De fato, o alerta feito por Barroso (2012, p. 30) é para a concretização de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário, visto que não possui, em regra, capacidade técnica nem condições estruturais para substituir a discricionariedade dos demais Poderes nas escolhas e implementações de políticas mais sensíveis. Contudo, um contra-argumento a esta inabilidade técnica é a necessidade de concretização dos direitos sociais através de implementação de políticas públicas enquanto exigência constitucional dirigida a priori para os Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao primeiro decidir acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, enquanto incumbe ao segundo a tarefa de executar e implementar os diversos projetos sociais necessários à sociedade. Desta feita, em caso de omissão do Estado na missão constitucional de efetivação dos direitos sociais, impossibilitando a fruição de um mínimo necessário à existência digna da sociedade, compete ao Poder Judiciário intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito violado, podendo interferir no processo de implementação de políticas públicas, obrigando ao Estado a prestações que preservem a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, o excesso do uso da substituição da discricionariedade estatal pelo Poder Judiciário pode ocasionar desestruturação administrativa imprevisível ao juiz com uma verdadeira quebra do princípio da Separação de Poderes, motivo pelo qual o ativismo judicial deve ser praticado sempre com a devida cautela.

Destarte, as críticas voltadas ao ativismo judicial não se fazem alinhadas ao modelo de Separação de Poderes de Montesquieu adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visto que nossa Constituição organizou em sua estrutura o Poder Judiciário e incumbiu-lhe o papel concretizador, ao lado dos demais Poderes, dos objetivos e valores prescritos à própria República brasileira.

Por outro lado, tais críticas são pertinentes e merecedoras de reflexão, inclusive pelos membros do judiciário que, por vezes, na ânsia da defesa de posicionamentos ideológicos subjetivos, acabam por desestruturar a organização administrativa, atropelando critérios técnicos que foram utilizados na aprovação das leis orçamentárias criando entraves à gestão da coisa pública.

Superadas tais críticas, no próximo e derradeiro tópico deste artigo mostrar-se-á a relevância do ativismo judicial na concretização do direito constitucional à informação e à saúde por meio da análise da decisão do STF no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF que obrigou ao Ministério da Saúde a divulgar dados sobre a pandemia de COVID-19.

4. ATIVISMO JUDICIAL E A EXIGÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DE DADOS SOBRE A COVID-19 POR PARTE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

O presente tópico tem como objetivo analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do ativismo judicial, no julgamento da medida cautelar na ADPF 690-DF, ocorrido em 08/06/2020, que obrigou ao Ministério da Saúde a divulgar dados sobre a pandemia de COVID-19.

O debate judicial sobre esse tema ocorreu em um momento que se fez necessária a atuação dos poderes e entes do estado na adoção de medidas de prevenção e contenção da COVID-19, doença causada por um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus.

Inicialmente registrados na China, em fins de 2019, os casos de contaminação pelo novo vírus rapidamente aumentaram e ganharam proporção mundial, tendo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em fins de janeiro de 2020, declarado situação de emergência de saúde pública internacional e, em 11 de março de 2020, evoluído para a declaração de pandemia, conforme se vê da informação constante da Folha informativa COVID-19- Escritório da OPAS e da OMS no Brasil (2020).

De fato, os números revelam um quadro preocupante, vez que o total de casos confirmados no mundo já está próximo a 6 milhões, com mais de 350 mil mortes, em 28 de maio de 2020. Os Estados Unidos (EUA), com quase 1,7 milhões de casos, já haviam ultrapassado de longe a China (82.995), epicentro inicial da pandemia. O mesmo verifica-se no Brasil (438.812), Rússia (379.051) e Reino Unido (269.127) Itália (231.732), entre os exemplos de países com mais de 200 mil casos, como mostram os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

A situação provocou uma grave crise e a necessidade da adoção de medidas emergenciais em várias dimensões, como a sanitária, a econômica, a comportamental e a jurídica. Ela representa um desafio brutal para o Estado em termos de gerenciamento de seus sistemas de saúde, fortemente ameaçados de colapso diante do exponencial número de pessoas que precisam de atendimento. Ainda não há medicamento cientificamente aprovado para enfrentar o novo coronavírus, tampouco há vacina, que, segundo as previsões mais otimistas, estará disponível em um ano.

Apesar de tudo isso, o Poder Executivo Federal, por intermédio do Ministério da Saúde, suspendeu a divulgação dos dados referentes à pandemia de COVID-19.

Necessário fazer, nesse momento, uma síntese do caso levado à apreciação do STF no bojo da ADPF 690-DF.

Nesse contexto, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida cautelar, pelos partidos Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil – PCdoB e Partido Socialismo e Liberdade-PSOL em face do que chamaram de sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiram a publicidade dos dados relacionados à COVID-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Em síntese, tais partidos alegaram que o Ministério da Saúde estaria retardando a divulgação de dados sobre a pandemia do novo coronavírus sem justificativa legítima, esclarecendo que no dia 05/06/2020 o Ministério da Saúde teria modificado o formato do Balanço Diário da COVID-19 omitindo dados relevantes sobre a pandemia, tendo, ainda, retirado o site de divulgação dos dados diários da COVID-9 do ar, afirmando, também, que o aplicativo Coronavírus – SUS também teria sido modificado para omitir os dados sobre a evolução do COVID-19 no Brasil.

Nesse contexto, os postulantes alegaram que teria havido uma injustificável mudança na prática adotada pelo Ministério da Saúde no que se refere à divulgação dos dados referentes à pandemia decorrente do novo coronavírus inviabilizando o acompanhamento do avanço da COVID-19 no Brasil, o que teria gerado um atraso na correta implementação de política pública sanitária de controle e prevenção da doença.

Desta feita, foi apontada a violação a preceitos fundamentais da Constituição da República em relação ao direito à vida e à saúde, além do dever de transparência da administração pública e do interesse público, tendo sido formulados uma série de pedidos cautelares relacionados à alegada redução de transparência dos dados referentes à pandemia de COVID-19, dentre os quais, ressaltamos:

- a. divulgação diária, até às 19h30, de compilação de dados estaduais, sem manipulação, tanto em site próprio para tal fim, quanto nas redes sociais (Facebook e Twitter) da Presidência, do Ministério da Saúde e da Secretaria de Comunicação da Presidência da República e de seus titulares, no mínimo, dos seguintes dados:
 1. número de casos confirmados nas últimas 24h;
 2. números de óbitos em decorrência da covid-19 nas últimas 24h;
 3. número de recuperados nas últimas 24h;
 4. número total de casos confirmados;
 5. número total de óbitos em decorrência da covid-19;
 6. número total de recuperados;
 7. número de casos por dia de ocorrência;
 8. número de óbitos por dia de ocorrência;
 9. número total de recuperados por dia de ocorrência;
 10. número de hospitalizados com confirmação de covid-19 e com SARS em enfermagem e UTI por unidade de saúde, município e estado;
 11. número de sepultamentos diários por município e estado, bem como comparativo com as datas dos últimos três anos;
 12. número de óbitos em investigação de confirmação de covid-19;
 13. número de casos suspeitos;
- b. que a divulgação de casos suspeitos e confirmados seja categorizada por idade, sexo, raça, número de testes realizados e que aguardam resultado, curas, taxas de mortalidade e letalidade, além de número de profissionais da saúde contaminados .
- c. que, em caso de alteração dos dados estaduais pelo Poder Executivo Federal, ocorra justificação expressa e pormenorizada das razões de alteração;
- d. que o Poder Executivo Federal se abstenha de instituir propaganda que desinforme, de qualquer forma, a sociedade a respeito dos riscos da doença, sob pena de responsabilidade pessoal;
- e. que o Poder Executivo Federal seja obrigado a desenvolver e tornar pública metodologia que estime o número de subnotificações diariamente.

A partir da análise de tais fundamentos, o ministro relator Alexandre de Moraes, proferiu decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, tendo primeiramente admitido a ADPF para a hipótese em concreto, por entender que não haveria outro meio eficaz de corrigir a lesividade, aplicando o princípio da subsidiariedade, esclarecendo que, caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição.

Afirmou o relator ainda, que se desde o início se verificar a ineficiência dos mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental “será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Brasil, 2020, p. 4), como na ADPF 690-DF que serviu de base para o presente artigo.

Após ter aceitado como admissível no caso em tela a ADPF, o ministro relator esclareceu que para fins de análise da medida cautelar em ação de controle concentrado de constitucionalidade seria necessário comprovar o perigo de lesão irreparável, visto tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos seriam presumidamente constitucionais.

Além disso, a análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para a concessão de cautelar, permite uma maior discricionariedade por parte do Tribunal Constitucional, através de um verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia dando margem, desse modo, a uma maior subjetividade na análise da relevância do tema em jogo ditado pela gravidade que envolve a discussão.

Há, ainda, que se levar em consideração a plausibilidade inequívoca e os evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, além das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado e da relevância da fundamentação da arguição, além da ocorrência de *periculum in mora* que tem relação com os entraves à atividade econômica, social ou política ou como no caso em tela “o prejuízo ao efetivo combate a pandemia causada pelo COVID-19 em defesa da vida e da saúde de todos os brasileiros” (Brasil, 2020, p. 5).

As justificativas pragmáticas da referida decisão estão identificadas da seguinte forma: a proteção da vida e da saúde como um direito de todos como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana; a necessidade do estado assegurar o bem estar da sociedade através da universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde; a obrigação constitucional do sistema único de saúde – SUS de executar as ações de vigilância epidemiológica, dentre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e combate a pandemia causada pelo COVID-19; a consagração constitucional da publicidade e da transparência que corresponde à obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações como garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático para uma eficaz fiscalização por parte dos órgãos estatais necessárias à sociedade.

Uma segunda justificativa de pragmatismo consistiria na não caracterização de qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência na divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde, conforme as palavras do eminente ministro relator:

A presente hipótese não caracteriza qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência, sendo notório o fato alegado pelos autores da alteração realizada pelo Ministério da Saúde no formato e conteúdo da divulgação do “Balanço Diário” relacionado à pandemia (COVID-19), com a supressão e a omissão de vários dados epidemiológicos que, constante e padronizadamente, vinham sendo fornecidos e publicizados, desde o início da pandemia até o último dia 4 de junho de 2020, permitindo, dessa forma, as análises e projeções comparativas necessárias para auxiliar as autoridades públicas na tomada de decisões e permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada no território nacional (Brasil, 2020, p. 7).

A conclusão a que chega o Ministro Alexandre de Moraes é no sentido de que, em sede de cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade e pelo grave risco de uma interrupção sem justificativa da coleta e divulgação de importantes dados epidemiológicos essenciais para a averiguação da evolução da pandemia (COVID-19) no Brasil, estariam presentes os requisitos para a concessão parcial da medida cautelar pleiteada, com o fulcro de garantir a manutenção da divulgação integral de todos os dados epidemiológicos que vinha sendo realizado pelo Ministério da Saúde até 4 de junho de 2020, numa tentativa de evitar ou reduzir possíveis danos irreparáveis decorrentes do descumprimento dos preceitos fundamentais da publicidade e transparência, bem como do “dever constitucional de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica em defesa da vida e da saúde de todos os brasileiros, especialmente, nos termos dos artigos 196, 197 e 200 da Constituição Federal” (Brasil, 2020, p. 7).

Por todos estes motivos, Alexandre de Moraes concedeu parcialmente a medida cautelar para determinar ao ministro da saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do ministério da saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho de 2020.

Como se pode perceber, o ativismo judicial manifestado na decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes é latente, visto que está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas que envolvem o direito social à saúde e o direito à informação referente aos dados sobre a pandemia de COVID-19.

Além disso, o ativismo judicial dessa decisão cautelar do STF repousa nas características do caso Lüth, pois se baseia na ordem objetiva de valores que incorpora as decisões valorativas fundamentais dos constituintes à interpretação dada pelo tribunal, sendo que a mais fundamental dessa interpretação é a escolha de uma ordem democrática, uma democracia liberal, representativa, federal e parlamentar sustentada e reforçada pelos direitos e liberdades fundamentais. Esses valores fundamentais são objetivos porque têm uma realidade independente na Constituição, impondo a todos os Poderes do Estado a obrigação de realizá-los na prática, observando-se que tal obrigação.

Essa decisão do STF também dialoga com os direitos sociais ou de segunda dimensão, pois leva em consideração direitos de proteção ou de prestação que podem ser entendidos como aqueles que dão ao indivíduo o direito fundamental à proteção estatal frente à intervenção de terceiros, inclusive do próprio estado, não só em relação a vida e a saúde, como também a todos aqueles que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, são dignos de receberem tutela estatal, como, por exemplo, a dignidade e a liberdade.

A fundamentação exarada para concluir pela obrigatoriedade do Ministério da Saúde em divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, não se baseia em nenhuma eventual incompatibilidade com qualquer regra constitucional, até porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 102, §1º, e a lei 9.882/1999 em seu art. 1º, autorizam expressamente ao STF, por meio da ADPF, a realizar o controle judicial de atos do poder público, o que torna o ativismo judicial legítimo no presente caso, conforme Bercoviti (artigo não publicado, p.5):

Há, no sistema constitucional brasileiro, ainda outro instituto capaz de exercer certo controle sobre as políticas públicas: a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, prevista no seu artigo 102, §1º. A arguição é uma garantia de natureza processual que visa garantir a obediência às regras e princípios considerados preceitos fundamentais. O descumprimento é, em parte, equivalente à inconstitucionalidade, mas se revela mais amplo, por incluir no controle todos os atos normativos do Estado, administrativos ou jurisdicionais, e, inclusive, atos estatais materiais.

Ademais, o ativismo judicial, enquanto fenômeno que está associado a uma participação mais efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seja através da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, seja pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição ou pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, dá-se pela opção do Poder Judiciário quanto à melhor proposta de política pública a ser tomada para o combate mais eficaz contra a pandemia do novo corona vírus, conforme se observa da doutrina de Barroso (2012, p. 25) que relaciona ativismo judicial e judicialização:

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

Há uma verdadeira substituição do critério adotado pelo Poder Executivo por meio do Ministério da Saúde na divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19, para a política pública de saúde que o Ministro entende por mais adequada, baseada em prevenção, orientação e tratamento dos que foram contaminados pelo vírus.

Nota-se, assim, que diante da renitência do Poder Executivo em não divulgar de forma eficaz os dados sobre a pandemia de COVID-19, cabe ao Poder Judiciário, como última instância, assumir a função (poder-dever) que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988 num claro exemplo de ativismo judicial, reconhecendo seu desacerto e afastando do sistema jurídico brasileiro um ato administrativo absolutamente anacrônico aos fins a que se propõe: o combate ao efetivo à pandemia de COVID-19 encartado no preceito fundamental do direito à vida e à saúde dos brasileiros.

Tanto assim o é que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, referendou, em 23/11/2020, a medida cautelar concedida, para determinar que o Ministério da Saúde mantenha, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de

ocorrências e que o Governo do Distrito Federal se abstenha de utilizar nova metodologia de contabilidade dos casos e óbitos decorrentes da pandemia da COVID-19, retomando, imediatamente, a divulgação dos dados na forma como veiculada até o dia 18 de agosto de 2020, nos termos do voto do Relator.

Com essa decisão plenária do STF de referendo da medida cautelar, a Suprema Corte brasileira avançou no sentido de concretizar a dimensão objetiva de valores, conforme inaugurado no caso *Lüth*, dialogando com o direito social à saúde e o direito fundamental à informação sobre os dados referentes ao Covid-19, demonstrando seu poder de controle de políticas públicas dos demais Poderes estatais, no caso específico, o Poder Executivo através do Ministério da Saúde.

O *decisum* analisado dimensionou preceitos fundamentais e os reconheceu como paradigmas a serem observados pela atuação estatal sob sua análise, justificando a invalidade e, por conseguinte, declarando, ainda que em sede de análise cautelar, a óbvia necessidade de divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde.

Por outro lado, levando em consideração a renitência do Poder Executivo em tomar para si a responsabilidade pela proteção de preceitos fundamentais pertencentes aos cidadãos, no caso, por estarem expostos ao novo corona vírus, também corretamente, mas usando justificativas pragmáticas, reconheceu como ineficiente e não adequada à divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19.

O ativismo judicial deu-se, desta feita, dentro dos limites determinados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, obrigando ao ministro da saúde que mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (COVID-19), inclusive no sítio do ministério da saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho de 2020.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente artigo teve como objetivo *ab initio* descrever e analisar a evolução histórica do Princípio da Separação dos Poderes, verificando-se como a influência do modelo constitucional estadunidense nos países de tradição romano-germânica, ligada ao reconhecimento dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores sedimentada no Tribunal Federal Constitucional alemão a partir do caso *Lüth*, trouxe mudanças importantes na perspectiva do Poder Judiciário como o poder efetivador de preceitos fundamentais e de políticas públicas estabelecidos nos ditames da Constituição.

Registrou-se, em seguida, a relevância do fenômeno denominado de ativismo judicial oriundo das novas responsabilidades que decorrem da efetivação de políticas públicas e da proteção de direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário.

Por conseguinte, verificou-se que a transmutação dos Direitos Fundamentais Sociais, que sempre necessitaram de uma atuação positiva para sua efetivação, para o nível de preceito fundamental constitucional fortaleceu ainda mais o protagonismo judicial que foi fixado através de princípios de baixa densidade semântica, carecedores de dimensionamento por parte do Poder Judiciário, em especial, por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, o artigo apontou as principais críticas feitas ao ativismo judicial, críticas essas que foram rebatidas com argumentos que decorrem da consequência lógica das novas funções atribuídas ao poder Judiciário pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela lei n.º 9.882/1999, dentro da noção do estado constitucional social, alinhados aos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração.

Registrou-se, a partir da fundamentação utilizada na decisão cautelar do Ministro Alexandre de Moraes, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 690/DF, que a iminente obrigatoriedade de divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19 por parte do Ministério da Saúde é fruto de forte ativismo judicial implementado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do qual o Judiciário deve se utilizar para concretização de Direitos Fundamentais de proteção à vida e à saúde através do respeito aos preceitos fundamentais de publicidade e transparência a que estão submetidos todos os poderes do estado, principalmente o Poder Executivo que é o responsável direto pelas políticas públicas de prevenção, combate e enfrentamento da pandemia do novo corona vírus.

Assim, atendendo aos objetivos específicos, o presente artigo fez considerações sobre o ativismo judicial e demonstrou, a partir da decisão cautelar nos autos da ADPF 690-DF, a qual determinou ao Ministério da Saúde divulgar os dados sobre a pandemia de COVID-19, que o ativismo judicial nada mais é do que o consectário lógico do reconhecimento constitucional do Poder Judiciário como também materializador da CRFB/1988.

Por fim, respondendo ao problema proposto, verifica-se que é legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, com base na noção de ativismo judicial, em exigir do Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, a divulgação de dados sobre a pandemia de COVID-19, enquanto política pública e em razão da compatibilidade dessa exigência de divulgação de dados com o direito fundamental à informação e o direito social à saúde estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, a presente pesquisa teve como limitação a ausência de estudos técnicos mais aprofundados sobre o ativismo judicial em tempos de pandemia de COVID-19, restando ao futuro da pesquisa jurídica tal aprofundamento para se averiguar os efeitos do ativismo judicial produzido nesses tempos de crise sanitária e de saúde pública.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 59, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn) thesis*, Rio de Janeiro. v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 11 out. 2020.

BASTOS, Elísio. O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico. In: *LIÇÕES de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 27-70.

- BERCOVICI, Gilberto. *A Concretização da Constituição e o Positivismo Jurisprudencial*. Artigo não publicado.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis / New York: Bobbs-Merrill, 1963. p. 1-23.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de descumprimento de preceito fundamental: 69 0/MC-DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 10 de junho de 2020. STF, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727>. Acesso em: 11 out. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 13, p. 66, 1980.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- GARCÍA, Pedro de Vega. *El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. n. 1, 1. sem. 1998. p. 65-87.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUEDES, Maurício Pires. A separação de poderes e a função judiciária em John Locke, Montesquieu e Hamilton, Madison e Jay. *Revista de Teorias e Filosofia do Estado*, v. 1, n. 2. p. 36-53, jul./dez. 2015.
- HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAMILTON, A. MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista (LXXVIII)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 330-336.
- HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o corona vírus, faltam líderes à humanidade*. São Paulo: Companhia das letras, 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal et al. *COVID-19 e o direito brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.
- KLAUTAU FILHO, Paulo. *A primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade*. Belém: Escola Superior da Magistratura do Pará, 2005.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 149-186 e 301-319.
- LIMA, Andréa Pereira. O modelo estrutural de Freud e o cérebro: uma proposta de integração entre a psicanálise e a neurofisiologia. *Revista Psique Clínica*, Uberlândia, p. 280-287, 2010.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Painel Coronavírus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 out. 2020.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 11 out. 2020.
- PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da república Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista do Senado*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.
- ROUSSEAU, Dominique. Une résurrection: la notion de Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 1, p. 5-22, jan./fev. 1990.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 213-251.

STEPHANOU, Giscard. *Painel de COVID-19: Estatísticas do Coronavírus*. 2020. Disponível em: <http://www.giscard.com.br/coronavirus/index.php>. Acesso em: 11 out. 2020.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, ano 38, n. 157, p. 40-57, jan./mar. 1981.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 154-176.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 01/06/2021
- Avaliação 2: 23/12/2023
- Decisão editorial preliminar: 23/12/2023
- Retorno rodada de correções: 24/07/2024
- Decisão editorial/aprovado: 24/07/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E SUA CONCEPÇÃO SOBRE A ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

THE COURT OF THE FEDERAL DISTRICT AND TERRITORIES AND ITS CONCEPTION ON THE ANALYSIS OF THE INSUFFICIENCY OF RESOURCES SITUATION

CATHARINE COUTO E COUTO¹

KEREN DA SILVA ALCÂNTARA²

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO³

RESUMO

A pesquisa busca compreender as decisões do TJDFT quanto ao entendimento de que a gratuidade da justiça pode ser concedida àqueles que recebem renda familiar bruta de até 05 (cinco) salários mínimos, parâmetro objetivo adotado pela Defensoria Pública do Distrito Federal. A análise envolveu abordagem metodológica baseada em pesquisa bibliográfica e exploratória, além de exame dos textos legais e jurisprudência do TJDFT. Constata-se que a matéria não se encontra pacificada no tribunal e é objeto que se pretende submeter, gradualmente, à uniformização para garantir a segurança jurídica, isonomia e evitar rediscussão em via recursal.

Palavras-chave: gratuidade da justiça; renda familiar bruta; concessão; parâmetro; necessidade de uniformização.

1 Graduada em Direito pela PUC Minas. Assistente de Gabinete no TJMG.

2 Mestranda em Direito no PPGD na Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Faculdade Unifenas Unidade Itapoã. Graduação em Teologia pela Faculdade de Teologia Hokemah (2014). Atualmente é Assistente de Direção Superior do TJMG. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/4659064061370333>. E-mail: keren.17@hotmail.com.

3 Pós-Doutor em Direito pelo PPGD da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD/FUMEC). Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum (2020-atual). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde FCH/FUMEC, na Graduação em Direito. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do CONPEDI. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor na Pós-Graduação da EJEF/TJMG (2022-atual). Membro do Conselho Consultivo da EJEF/TJMG. Chefe de Gabinete da Presidência do TJMG. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

COUTO, Catharine Couto e; ALCÂNTARA, Keren da Silva; RIBEIRO, Adriano da Silva. O Tribunal do Distrito Federal e Territórios e sua concepção sobre a análise da situação de insuficiência de recursos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 272-278, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9922>.

ABSTRACT

The research seeks to understand the decisions of the TJDFT regarding the understanding that free justice can be granted to those who receive a gross family income of up to 05 (five) minimum wages, an objective parameter adopted by the Public Defender's Office of the Federal District. The analysis involved a methodological approach based on bibliographic and exploratory research, in addition to examining the legal texts and jurisprudence of the TJDFT. It appears that the matter has not been pacified in court and is an object that is intended to be subject, gradually, to standardization to guarantee legal certainty, equality and avoid re-discussion via appeal.

Keywords: free justice; gross family income; concession; parameter; need for uniformity.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto compreender as decisões do TJDFT quanto ao entendimento de que a gratuidade da justiça pode ser concedida àqueles que recebem renda familiar bruta de até 05 (cinco) salários mínimos, parâmetro objetivo adotado pela Defensoria Pública do Distrito Federal.

A análise envolveu abordagem metodológica baseada em pesquisa bibliográfica e exploratória, além de exame dos textos legais e jurisprudência do TJDFT.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO/JURISPRUDÊNCIA

No Distrito Federal e Territórios, a discussão sobre o deferimento do instituto processual mencionado é temática abordada na Jurisprudência em Temas do TJDFT, em regra, o tribunal estadual atualmente tem entendido que a gratuidade da justiça pode ser concedida àqueles que recebem renda familiar bruta de até 05 (cinco) salários mínimos, parâmetro objetivo adotado pela Defensoria Pública do Distrito Federal na Resolução nº 140 de 2015, atualmente Resolução nº 271/2023.

AGRAVO INTERNO. PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Dispõe o artigo 99 do Código de Processo Civil que o pedido de gratuidade da justiça poderá ser indeferido se não satisfeitos os pressupostos legais para a sua concessão (§2º), definido que, caso o requerimento seja formulado exclusivamente por pessoa natural, presume-se verdadeira a sua alegação (§3º). 2. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, dispõe que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, necessária a prova da situação de penúria econômica, interpretação que emana da própria Constituição Federal. 3. **Nos termos do que tem prevalecido nesta c. Turma, adotado o teto estabelecido para atendimento pela Defensoria Pública do Distrito Federal que, nos termos da Resolução 140, de 24 de junho de 2015, considera hipossuficiente aquele que auferir renda familiar bruta mensal de até 5 (cinco) salários mínimos, o que equivale a R\$6.510,00 (seis mil, quinhentos e dez reais).** 4. Na espécie, tanto o contracheque do agravante como seu extrato bancário revelam que os rendimentos do recorrente superam o valor de 5 (cinco) salários mínimos,

tendo recebido R\$11.239,98 como valor bruto de proventos - ID49157910.

4.1. E, embora o agravante tenha diversos empréstimos consignados em folha, não há, nos autos, provas de despesas extraordinárias, tais como tratamentos de saúde, por exemplo, aptas a respaldar gratuidade de justiça. 5. Não se vislumbrando fundamento para modificar a decisão agravada, não trazendo as razões do agravo interno fatos capazes de infirmar a justificativa pela qual se indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, o não provimento do recurso é medida que se impõe. 6. Agravo interno conhecido e não provido. (Acórdão 1783764, 07047928520228070010, Relator: MARIA IVATÔNIA, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 10/11/2023, publicado no DJE: 24/11/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (g.n.). (Distrito Federal, 2023a)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. CRITÉRIOS. RESOLUÇÃO N. 140/2015 DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO COMPROVADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXIV, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O Código de Processo Civil, em seu art. 99, § 3º, prevê que “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. 2. A lei não estabeleceu parâmetros objetivos para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, devendo a aferição ser feita caso a caso, a partir da alegação e efetiva comprovação de peculiar situação de impossibilidade financeira da parte requerente. 3. **No intuito de preservar a isonomia e face às inúmeras ocorrências de pedidos abusivos, entendo por suficiente os critérios adotados pela Defensoria Pública do Distrito Federal, previstos na Resolução n. 140/2015, que disciplina a forma de comprovação da necessidade, para fins de assistência jurídica integral e gratuita.** 4. Presume-se a situação de hipossuficiência quando a parte demonstra um cenário de rendimento mensal inferior ao critério de 5 salários-mínimos. Diante da ausência de demonstração documental a comprovar o estado de necessidade capaz de impactar de forma significativa o seu sustento e de sua família, não estão presentes os requisitos do benefício pretendido, sendo forçoso concluir que o Agravante não possui condição de hipossuficiência, fato que impede a concessão da gratuidade de justiça requerida. 5. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (Acórdão 1781506, 07320558820238070000, Relator: Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 3/11/2023, publicado no DJE: 22/11/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (g.n.). (Distrito Federal, 2023b)

Os comentários, a seguir, objetivam apresentar pontos para reflexões a respeito do parâmetro para se definir a gratuidade da justiça.

3. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA: COMENTÁRIOS

Nos termos do CPC, a gratuidade da justiça é benefício personalíssimo concedido às pessoas físicas ou jurídicas, sejam brasileiras, sejam estrangeiras, que malogrem situação de insuficiência de recursos para pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, conforme preceitua o artigo 98 do CPC. É mecanismo legal que permite às pessoas vulneráveis

a fruição de garantia constitucional, qual seja o acesso à justiça, efetivando, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CR/88 que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É necessário destacar que o mencionado benefício consiste, em verdade, na dispensa provisória do recolhimento antecipado das custas processuais e de quaisquer despesas inerentes ao curso do procedimento. Não configurando, pois, em isenção, uma vez que, conforme o artigo 98, §3º do CPC, as obrigações decorrentes de sua sucumbência estão submetidas à condição suspensiva de exigibilidade, podendo apenas ser executadas pelo credor se, dentro de um período de 05 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, ficar demonstrada a alteração da condição financeira do beneficiário, ou seja, a superveniente capacidade de recursos.

Por isso o artigo 98, §2º da legislação processual é pontual ao destacar que a condição suspensiva inerente ao instituto processual não afasta a responsabilidade, como também não exclui a obrigação do beneficiário quanto ao pagamento de honorários sucumbenciais e dos custos e taxas processuais.

Ao contrário da Lei nº 1.060/50, o CPC/15 trouxe inovações importantes dentro do mencionado instituto processual. Isto porque, além de oportunizar sua concessão de forma integral, criou a possibilidade de concessão parcial, ou seja, para alguns atos processuais ou a partir do parcelamento das custas processuais.

Art. 99 § 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento. (Brasil, 2023)

Logo, a gratuidade da justiça, que outrora não possuía qualquer regulamentação específica na legislação processual civil de 1973 ou complexidade na Lei nº 1.060/50, obteve aperfeiçoamentos em seu conteúdo legal.

O respectivo critério não é parâmetro universal adotado, uma vez que dentro da jurisprudência em temas – subcategoria “Jurisprudência em Perguntas” – do órgão público (Tribunal do Distrito Federal e Territórios, 2023), há outras compreensões que defendem que a concessão da gratuidade da justiça deve (i) perpassar por uma análise do caso em concreto, observando a situação fática particular do requerente, ou seja, sopesando receitas e despesas e (ii) ser deferida mediante a simples afirmação de pobreza.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. ISENÇÃO FISCAL. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO. REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV). 2. A concessão do benefício da gratuidade tem a finalidade de promover o acesso à Justiça. Assim, não deve ser concedido de forma indiscriminada a todos que o requerem, mas apenas àqueles que efetivamente comprovem a situação de miserabilidade. 3. Não há amparo constitucional para a concessão de gratuidade de justiça a quem não preenche o requisito da insuficiência de recursos. A gratuidade de justiça é modalidade de isenção fiscal; é um benefício personalíssimo (intuito personae) e não pode ser extensiva a quem não tem

direito demonstrado no caso concreto. 4. Ausentes provas idôneas de que a parte possui baixa renda e que suas despesas são capazes de comprometer parcela significativa de seu orçamento, não se justifica o deferimento ou manutenção da gratuidade de justiça. 5. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão 1744574, 07257196820238070000, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 15/8/2023, publicado no DJE: 28/8/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (Distrito Federal, 2023c)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AFIRMAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. DEFERIMENTO. 1. O regramento trazido pelo novo Código de Processo Civil veio corroborar o entendimento de que, para a concessão da gratuidade de justiça, basta a simples afirmação da parte de que não dispõe de condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e da família, presumindo-se, assim, a hipossuficiência financeira quando se trata de declaração feita por pessoa natural. 2. Ademais, é ônus daquele que impugna a concessão da gratuidade de justiça fazer prova contrária à afirmação de hipossuficiência de quem pleiteou o benefício. 3. Recurso provido. Benefício deferido. (Acórdão 1777764, 07320177620238070000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 25/10/2023, publicado no DJE: 14/11/2023. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (Distrito Federal, 2023d)

E, diante da repercussão da matéria processual elencada, recentemente foi analisada a necessidade de estipulação de critérios objetivos/subjetivos para a concessão da gratuidade da justiça. O Tribunal local, através do seu Centro de Inteligência da Justiça – CIJDF, emitiu a Nota Técnica nº 11 de 2023, encaminhando orientações aos magistrados quanto a apreciação dos pedidos de mencionado benefício processual, a fim de resolver as demandas que envolvam a apreciação do requerimento da gratuidade da justiça de forma célere, racional e prevenindo o Poder Judiciário da instauração de procedimentos temerários e predatórios, que implicam em “risco patrimonial” e atrasos na prestação dos serviços judiciários.

Na conclusão da Nota Técnica supracitada, entendeu-se que a adoção de critérios puramente objetivos – ainda que seja o padrão utilizado pelo TJDF – não é a medida ideal a ser aplicada, haja vista que impede a concessão da gratuidade da justiça àqueles que por situação financeira excepcional, malogre gastos superiores ao valor fixo arbitrado como critério objetivo de definição de insuficiência de recursos.

A propósito, é interessante destacar o seguinte trecho da Nota Técnica CIJDF nº11 de 2023:

Parece intuitivo que critérios objetivos privilegiam a isonomia, como a renda individual ou familiar de quem pleiteia o benefício, mas a adoção exclusiva de tais parâmetros, desconsiderando circunstâncias especiais do caso concreto, como a existência de grande despesa. Mesmo que a igualdade formal seja preservada pela adoção de critérios objetivos, como renda e patrimônio, a isonomia material só seria verdadeiramente alcançada com a combinação daqueles com eventuais aspectos subjetivos reveladores de hipossuficiência, mesmo para quem eventualmente preencha os parâmetros objetivos adotados pelo julgador. Diante de tal quadro, no sentido de acolher a jurisprudência do STJ, sugere-se a adoção combinada do critério objetivo de renda familiar, cujo patamar utilizado pela DPDF é adotado no TJDF, com o critério subjetivo, construído com base na análise dos normativos (inclusive projetos de lei) e nos estudos examinados na presente nota técnica, bem como na jurisprudência, consistente na análise dos seguintes elementos: (i) patrimônio pessoal incompatível com o requerimento da gratuidade de justiça; (ii) condições

peçoais diferenciadas, como, por exemplo, doença, nível de endividamento, idade, condição de vítima de violência doméstica etc.; (iii) sinais ostensivos de riqueza. (Distrito Federal, 2023e, p. 49)

Em síntese, conclui-se que o deferimento ou denegação da justiça gratuita deverá ser amparado por uma análise que mescla critérios objetivos e subjetivos, coletando dados e realizando uma análise complexa das condições socioeconômicas do requerente, a fim de que a dispensa provisória do adiantamento das despesas processuais seja concedida aos insuficientes de recursos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na maior parte dos casos, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território, em regra tem o entendimento nos tempos atuais que a gratuidade da justiça pode ser cedida aos que recebem 5 salários mínimos.

Nota-se, portanto, que o Código de Processo Civil, a gratuidade é benefício personalíssimo atribuído às pessoas física ou jurídica, sejam brasileiras, sejam estrangeiras, que malogrem situação de insuficiência de recursos para pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, conforme preceitua o artigo 98 do CPC

Logo, indene de dúvida que na jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal e Territórios, ainda que, administrativamente, tenha promovido estudos com reflexões sobre a concessão da gratuidade da justiça, a matéria não se encontra pacificada no tribunal e é objeto que se pretende submeter, gradualmente, à uniformização para garantir a segurança jurídica, isonomia e evitar rediscussão em via recursal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm#art98%C2%A72. Acesso em: 1 maio 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da Justiça Gratuita*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão de nº 1783764*. Agravo interno. Processo civil. Justiça gratuita. Indeferimento. Hipossuficiência econômica. Não comprovação. Relatora: Maria Ivatônia, 24 de novembro de 2023 a. Distrito Federal: TJ, 2023. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 2 dez. 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 1781506*. Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de modificação de cláusula contratual com pedido de antecipação da tutela e consignação em pagamento. Gratuidade de justiça. Critérios. Resolução n. 140/2015 da defensoria pública do distrito federal. Situação de hipossuficiência. Não comprovada. Recurso conhecido e não provido. Relator: Roberto Freitas Filho, 23 de novembro de 2023b. Distrito Federal: TJ, 2023b. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 2 dez. 2023

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 1744574*. Agravo de instrumento. Ação de conhecimento. Gratuidade de justiça. Isenção fiscal. Benefício personalíssimo. Requisitos. Não comprovação. Relator(a): Diaulas Costa Ribeiro, 28 de agosto de 2023. Distrito Federal: TJ, 2023c. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 1 dez. 2023

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 1777764*. Processual civil. Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Afirmção de hipossuficiência. Deferimento. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira, 14 de novembro de 2023d. Distrito Federal: TJ, 2023. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 2 dez. 2023

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *Súmula nº 39*. É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade. Brasília, DF: Tribunal de Justiça, 2001.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Nota técnica n. 11 de 2023*. Distrito Federal: Tribunal de Justiça, 2023e. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-11-gratuidade-de-justica.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2023.

GONÇALVES, Rogério de Melo. Do assistencialismo à assistência jurídica integral na Constituição Federal de 1988: breves notas históricas e recomendações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. III, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-do-assistencialismo-a-assistencia-juridica-integral-na-constituicao-federal-de-1988-breves-notas-historicas-e-recomendacoes/view>. Acesso em: 1 maio 2022.

JÚNIOR TAVARES, Homero Francisco. A pretensão de gratuidade de justiça no processo. *Jurisprudência Mineira, Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 60, v. 190, p. 44-57, jul./set. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8527/1/A%20pretens%C3%A3o%20de%20gratuidade%20de%20justi%C3%A7a%20no%20processo.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 23/12/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/12/2023
- Decisão editorial/aprovado: 17/03/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2